

STUDIA IURIS CIVILIS

LIBRO HOMENAJE A GERT F. KUMMEROW AIGSTER

Fernando Parra Aranguren
- Editor -



Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, N° 16
Caracas/Venezuela/2004

**KHW409
S933**

**Studia Iuris Civilis: Libro Homenaje a Gert F. Kummerow
Aigster / Fernando Parra Aranguren, editor – Caracas: Tri-
bunal Supremo de Justicia, 2004.**

912 p. (Colección Libros Homenaje, N° 16)

**1. Derecho Civil – Venezuela. 2. Procedimiento Ci-
vil – Venezuela.**

**El Tribunal Supremo de Justicia no se hace responsable
por el contenido de los artículos firmados**

© República Bolivariana de Venezuela
Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, N° 16

Fernando Parra Aranguren, Director

Depósito Legal lf:

ISBN:

Depósito Legal lf:

ISBN:

Fernando Parra Aranguren
-Editor-

ESTUDIA IURIS CIVILIS
LIBRO HOMENAJE A
Gert F. Kummerow Aigster

Tribunal Supremo de Justicia
Colección Libros Homenaje, N° 16
Caracas/Venezuela/2004

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

SALA CONSTITUCIONAL

Dr. Iván Rincón Urdaneta
Presidente del Tribunal y de la Sala
Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero
Vicepresidente de la Sala
Dr. José M. Delgado Ocando
Dr. Antonio García García
Dr. Pedro Rondón Haaz

SALA ELECTORAL

Dr. Luis Martínez Hernández
Presidente de la Sala
Dr. Rafael Aristides Rengifo Camacaro
Vicepresidente de la Sala
Dr. Iván Vásquez Táriba

SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Alejandro Angulo Fontiveros
Presidente de la Sala
Dr. Julio Elías Mayaudón Grau
Vicepresidente de la Sala
Dr. Beltrán Haddad Ch.

SALA POLITICOADMINISTRATIVA

Dr. Levis Ignacio Zerpa
Segundo Vicepresidente del Tribunal y Presidente de la Sala
Dr. Hadel Mostafá Paolini
Vicepresidente de la Sala
Dra. Yolanda Jaimes Guerrero

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Dr. Carlos Oberto Vélez
Presidente de la Sala
Dr. Antonio Ramírez Jiménez
Vicepresidente de la Sala
Dr. Tulio Álvarez Ledo

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Dr. Omar Alfredo Mora Díaz
Primer Vicepresidente del Tribunal y Presidente de la Sala
Dr. Juan Rafael Perdomo
Vicepresidente de la Sala
Dr. Alfonso Valbuena Cordero

OJO....
AQUÍ VA EL ESCUDO
NACIONAL DE LA
REPÚBLICA
BOLIVARIANA DE
VENEZUELA

Palabras Preliminares

Sin haberse cumplido dos años de su muerte, a los setenta y dos años de edad, acaecida en Caracas, el 08 de febrero de 2002, la Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia aprobó, en noviembre de 2003, la publicación –durante el año 2004– de cinco libros homenaje a los Profesores Nectario Andrade Labarca (**Temas de Derecho Administrativo**), Andrés Aguilar Mawdsley (**Temas de Derecho Civil**), Jorge Enrique Núñez (**Ensayos sobre Derecho Mercantil**), Gert Kummerow (*Studia Iuris Civilis*) y Juan Bautista Fuenmayor (**Temas sobre Filosofía del Derecho y disciplinas afines**), de los cuales éste va a ser el último que se entrega a la comunidad jurídica durante el presente año. El dedicado a Fuenmayor circulará en los primeros meses de 2005, a fin de hacerlo coincidir con el año centenario de su nacimiento.

Gert Friederich Kummerow Aigster nació en Valencia, Estado Carabobo, el 22 de junio de 1930 y cursó sus estudios de educación primaria y secundaria en el Colegio La Salle (donde también se desempeñó como Profesor) y en el Liceo Pedro Gual. Los de Derecho los realizó en la Universidad Central de Venezuela, donde obtuvo, el 31 de julio de 1956, el título de Doctor en Derecho, mención *Summa cum laude*, previa presentación de la tesis de grado correspondiente, intitulada **Algunos problemas fundamentales del contrato de adhesión en el Derecho Privado**, editada por la Facultad de Derecho de la misma Casa de Estudios y de la cual se han hecho dos ediciones. En el mismo año recibió el título de Abogado expedido por el Juzgado Superior Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Dis-

trito Federal el 10 de noviembre de 1956. En 1958, su Tesis Doctoral fue merecedora del *Premio Luis Sanojo*, otorgado por la *Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal, Fundación Rojas Astudillo*.

El 07 de noviembre de 1955, siendo estudiante, ingresó en la docencia en su *Alma Mater* como Instructor en los cursos de Preseminario y Seminario. Luego regentó la cátedra de Derecho Civil, amén de cursos en el Centro de Estudios para Graduados, de Especialización y de Doctorado. Se desempeñó, además, como Docente en los cursos Vacacionales (II, III y VIII) organizados por la Facultad de Derecho en la Universidad de Los Andes y en el X Curso para la enseñanza del Derecho Comparado por la Asociación Internacional de dicha rama jurídica.

Luego de su Tesis Doctoral, publicó **Compendio de bienes y derecho reales (Derecho Civil II)**, cuya primera edición apareció en 1965 y de la cual se han hecho cinco ediciones, además de numerosas monografías divulgadas en libros y en publicaciones especializadas, entre las cuales cabe mencionar **Perfiles jurídicos de los trasplantes en los seres humanos**, trabajo de Ascenso a Profesor Titular (1970), “El retracto legal arrendaticio en el ordenamiento jurídico venezolano”, **Dos estudios sobre el Derecho venezolano**, “El régimen de los comuneros según el Código Civil venezolano”, **Esquema del daño contractual resarcible** y “La obligación de indemnizar normada en la Ley de Tránsito Terrestre”.

Durante muchos años ocupó la Secretaría de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal, al tiempo que se desempeñó como Abogado Compilador en el Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia. Fue, asimismo, Miembro de la Comisión Nacional de Legislación, Codificación y Jurisprudencia y corredactor de numerosos proyectos de ley (sobre trasplantes de órganos y materiales anatómicos en seres humanos, sobre adopción de aguas).

Recibió la Orden al Mérito en el Trabajo, Segunda y Primera Clase, por ascenso; la Andrés Bello, la Francisco de Miranda, Primera Clase; la Cristóbal Mendoza, otorgada por el Colegio de Abogados del Estado Carabobo y declarado Hijo Ilustre de la Ciudad de Mérida con ocasión de los VII Cursos Vacacionales (1980).

En noviembre de 1985, el Consejo Universitario de la Universidad Central de Venezuela, luego de treinta años de servicios ininterrumpidos, le acordó el beneficio de la jubilación en su condición de Profesor Titular a Medio

Tiempo. Al participárselo, el Decano de la Facultad, Doctor Alberto Arteaga Sánchez, le expresó “interpretando el sentir de toda la comunidad, el reconocimiento a su labor como docente investigador”. En esa misma ocasión destacó: “Sin duda alguna, usted ha ocupado y continuará ocupando en nuestra Facultad, en el ámbito del Derecho Civil, un lugar muy destacado en nuestro cuadro profesoral, donde queda patente el testimonio de su rigor científico, su disciplina y acuciosidad, como investigador (...) y su capacidad para transmitir conocimientos, como maestro”.

Al agradecer al Decano Arteaga los conceptos expresados al iniciar el disfrute del beneficio de la jubilación, el profesor homenajeado le señaló: “La jubilación que obtuve por mis largos años de docencia no significa, de modo alguno, un retiro. (...) Entiendo –y acepto sin reservas– que un profesor titular de mi edad debe continuar al servicio de las universidades y no abandonar de plano lo que ha sido y será la razón de su existencia. La docencia es la meta de mi quehacer. Por ello continuaré en la cátedra como aprendiz de la ciencia que elegí y pretendo transmitir, quizá de modo imperfecto, a los abogados que cursan el doctorado”. Y concluyó: “Puede estar convencida la comunidad universitaria del cumplimiento de la promesa aquí consignada, sujeta, claro está, a las limitaciones que impone la existencia del ser humano”. Dejó de enseñar, en persona, cuando le tocó regresar a la tierra, pero sus escritos seguirán formando a nuestros profesionales.

Contrajo matrimonio con Raisa March, de cuya unión nacieron tres hijos. Su viuda y el doctor Luis Vargas Leal, uno de sus múltiples discípulos, donaron a la Biblioteca del Tribunal Supremo de Justicia, los libros que acompañaron durante su vida a Gert Kummerow. Aprovecho la oportunidad para agradecerle, nuevamente, su desinteresado gesto al tiempo que le ratifico que la Biblioteca de Gert Kummerow tendrá un lugar destacado en la nuestra.

Este libro consta de veintiocho estudios sobre derecho civil escrito por profesionales del derecho –nacionales y extranjeros– que se desempeñan, fundamentalmente, en el ámbito docente. Nos queda agradecer a quienes colaboraron en su elaboración y a quienes –por una razón u otra– no pudieron hacerlo, y expresar nuestra esperanza de que la obra sea recibida por la comunidad jurídica a quien va dirigida con el mismo beneplácito que las otras preparadas por la Fundación Gaceta Forense de este Alto Tribunal.

Caracas, 05 de octubre de 2004

Iván Rincón Urdaneta

Contenido

Fernando Parra Aranguren , <i>Presentación</i>	13
Luis Eduardo AVELEDO MORASSO , <i>El hogar y figuras similares en algunos ordenamientos jurídicos iberoamericanos ...</i>	27
Ricardo BARONI UZCÁTEGUI , <i>De la facultad de los municipios para afectar la propiedad privada</i>	51
Alberto BAUMEISTER TOLEDO , <i>Consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de algunas instituciones del derecho agrario venezolano</i>	71
Natalia BOZA SCOTTO , <i>La propiedad de las acciones del Banco Central de Venezuela. Visión iusprivatista de la nacionalización de la banca central</i>	95
Carlos Luis CARRILLO ARTILES , <i>El abandono voluntario como causal de desvinculación matrimonial en Venezuela. Inmersión crítica a cierta visión doctrinal</i>	121
Alfredo DE JESÚS O. , <i>La cesión de créditos hipotecarios y la regla del accesorio</i>	133
Anabella DEL MORAL , <i>El rol de la familia en la doctrina de la protección integral</i>	159

María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN , <i>La delación en los regímenes de incapaces</i>	177
Ramón J. ESCOVAR ALVARADO , <i>Arbitraje en contratos de interés público de naturaleza comercial internacional.....</i>	201
Sara Lidia FELDSTEIN DE CÁRDENAS , <i>La Convención Interamericana de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Una mirada desde el derecho internacional privado argentino</i>	227
Guido GARBATI GARBATI y Alejandra LEÓN PARADA , <i>La Novación</i>	277
Mervy Enrique GONZÁLEZ FUENMAYOR , <i>Comunidad concubinaria. Invenções y mejoras: regulación en el campo del derecho civil y en el campo del derecho del trabajo ...</i>	299
José Manuel, GUANIPA VILLALOBOS , <i>Influencia del Código Napoleón en el Código Civil venezolano (en el bicentenario del Code)</i>	367
Milagros HERNÁNDEZ DE SOJO-BIANCO , <i>Validez de Sociedades Mercantiles entre cónyuges</i>	395
Juan Ignacio LESSMANN , <i>Objeto social de Petróleos de Venezuela, S.A. y de sus empresas filiales operadoras de las actividades de hidrocarburos –Transformación del objeto social inicial</i>	403
Rafael ORTIZ-ORTIZ , <i>Algunos aspectos sobre el daño moral y la teoría de la responsabilidad civil</i>	415
Mario J. A. OYARZÁBAL , <i>El nombre y la protección de la identidad de las personas. Cuestiones de Derecho Internacional Público y Privado.....</i>	459
Rafael PARRA PÉREZ , <i>Derechos reales y de crédito. Bases históricas de la dogmática contemporánea</i>	479

Gonzalo PARRA-ARANGUREN , <i>La frustrada tentativa de modernizar el Derecho internacional privado venezolano en el Código Civil del diez de diciembre de 1880</i>	533
Mariliana RICO CARRILLO , <i>El cumplimiento electrónico de obligaciones dinerarias</i>	649
Rodrigo RIVERA MORALES , <i>Algunos aspectos de las nulidades absolutas en el derecho civil venezolano</i>	675
Andrea RONDÓN GARCÍA , <i>Protección del tercero en los procedimientos interdictales</i>	731
Miriam SAN JUAN ARMAS , <i>División patrimonial en las mediaciones para la separación y el divorcio</i>	743
Carlos J. SARMIENTO SOSA , <i>Comentarios sobre los aportes a las sociedades civiles</i>	763
Silvia Y. TANZI y Laura B. BILOTTA , <i>La responsabilidad objetiva en el derecho privado argentino</i>	795
Silvia Y. TANZI y Juan María PAPILLÚ , <i>Algunas consideraciones en torno al consentimiento informado. Derecho argentino</i>	809
Carlos Alberto URDANETA SANDOVAL , <i>Introducción al análisis dogmático del acto jurídico testamentario. Fundamento, definición y caracteres</i>	833
Luis Abraham VARGAS LEAL , <i>Limitaciones legales de la propiedad predial y servidumbres en materia de telecomunicaciones</i>	879

Presentación

I. **Studia Iuris Civilis**, *Libro Homenaje a Gert F. Kummerow Aigster*, recoge veintiocho ensayos que versan sobre diversos temas de la disciplina jurídica que identifica su título, escritos por treinta y un colaboradores, pues tres de ellos son colectivos. La mayoría de sus autores está dedicada a la docencia, al menos a tiempo convencional, y enseñan en ocho universidades nacionales y ocho foráneas; uno de ellos es Magistrado en la Corte Internacional de Justicia en La Haya e Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales; tres le prestan sus servicios a este Alto Tribunal, como Abogados; finalmente, otros se dedican, exclusivamente o en forma paralela con alguna de las actividades anteriores, al ejercicio profesional o al desempeño de actividades privadas.

II. Gert Friederich Kummerow Aigster nació en Valencia, Estado Carabobo, el 22 de junio de 1930. Cursó sus estudios de educación primaria y secundaria en el Colegio La Salle (donde también se desempeñó como Profesor) y en el Liceo Pedro Gual, ambos en su ciudad natal. Los universitarios lo actualizó en la Universidad Central de Venezuela, donde obtuvo, el 31 de julio de 1956, el título de Doctor en Derecho, mención *Summa cum laude*, previa presentación de la tesis de grado correspondiente, intitulada “Algunos problemas fundamentales del contrato de adhesión en el Derecho Privado”, editada por la Facultad de Derecho de la misma Casa de Estudios y cuya segunda edición apareció en 1981. El Juzgado Superior Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal le confirió el de Abogado, el 10 de noviembre de 1956. En 1958, su Tesis Doctoral fue galardonada con el *Premio Luis Sanojo*, otorgado por la *Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal, Fundación Rojas Astudillo* a la mejor obra jurídica publicada en el país cada dos años.

Siendo estudiante ingresó como Instructor en los cursos de Preseminario y Seminario en la Universidad Central de Venezuela, el 07 de noviembre de 1955. Se desempeñó posteriormente como titular de la cátedra de Derecho Civil, amén de dictar numerosos cursos en el Centro de Estudios para Graduados, tanto de Especialización como de Doctorado. Asimismo, fue Profesor en los Cursos Vacacionales (II, III y VIII) organizados por la Facultad de Derecho en la Universidad de Los Andes y en el X Curso para la enseñanza del Derecho Comparado, preparado por la Asociación Internacional de dicha rama jurídica.

El listado de sus obras y estudios monográficos es extenso. Además de la Tesis Doctoral ya mencionada, y del Compendio de bienes y derechos reales (Derecho Civil II), 5 ediciones para la fecha, fue autor de “El retracto legal arrendaticio en el ordenamiento jurídico venezolano” (Universidad Central de Venezuela: *Studia Iuridica*, N° 1, Caracas 1957); “Anotaciones sobre la estructura y el mecanismo de la cláusula resolutoria expresa” (Universidad Central de Venezuela, *Studia Iuridica*, N° 2, Caracas 1958); “Aspectos relativos a la propiedad del cadáver” (Universidad Central de Venezuela, “*Revista de la Facultad de Derecho*”, N° 11, Caracas abril 1957); “La responsabilidad civil del guardián del incapaz” y el “Régimen de los derechos de los comuneros según el Código Civil venezolano” (“*Revista del Ministerio de Justicia*”, Nos. 32 Caracas enero-marzo 1960 y 34, Caracas 1960, en su orden); “La función resarcitoria de las arras”, Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal, Fundación Rojas Astudillo, Caracas 1961; Dos estudios sobre el derecho venezolano, Gráficas Espinoza, Caracas 1962; “Balance crítico de la resarcibilidad del daño no patrimonial (daño moral)”, (Universidad Central de Venezuela, “*Revista de la Facultad de Derecho*”, N° 22, Caracas 1961), “Esquema del daño contractual resarcible según el sistema normativo venezolano” y “Ensayo sobre la adquisición ‘*a non domino*’ de bienes muebles” (Universidad Central de Venezuela, Caracas 1964 y 1965, respectivamente); “Veinte años de vigencia de una norma (artículo 767 del Código Civil venezolano)” y “Sobre el tema de la prescripción adquisitiva entre comuneros” (“*Revista del Ministerio de Justicia*”, N° 46, Caracas 1963); “La transformación del patrimonio en el Derecho Civil Moderno” (Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Privado: Ponencias venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado, Upsala, Suecia, agosto de 1966, Caracas 1966; “La obligación de indemnizar normada en la Ley de Tránsito Terrestre” (Universidad Central de Venezuela: Libro Homenaje a Roberto Goldschmidt, Caracas 1967; “El status posesorio y la disciplina general de las fuentes en el nuevo Código Civil portugués” y “Los intereses moratorios y retributivos y la jurisprudencia de la Casación venezolana” (ambos en

Universidad Católica Andrés Bello, “*Revista de la Facultad de Derecho*” N° 5, Caracas 1968); La dimensión del débito pecuniario del anteproyecto de Ley sobre unificación de las obligaciones civiles y mercantiles, Publicaciones de la Secretaría del Senado de la República, Caracas 1968; “Perfiles jurídicos de los trasplantes en seres humanos” (Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Centro de Jurisprudencia: “*Justitia et jus*”, N° 4, Mérida 1969); “Un proyecto de Ley sobre trasplantes en seres humanos” (“*Boletín mexicano de Derecho Comparado*”, Nos. 10-11, México enero-agosto 1971); “Tres variaciones sobre el tema de la protección posesoria (con especial referencia al ordenamiento jurídico venezolano)” en Instituto de Investigaciones Jurídicas, “*Anuario Jurídico*”, Mérida 1974); “Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines” (“*Travaux et recherches de l’Institut de Droit Comparé*”, sección correspondiente a Venezuela, París, editorial Pedone, traducción del castellano por Christine Souchon); “Tendencias actuales sobre la regulación de la informática respecto a la vida privada” (Universidad Central de Venezuela, Estudios sobre la Constitución, *Libro Homenaje a Rafael Caldera*, Tomo II, Caracas 1979).

Elaboró, asimismo, para la Revista de la Facultad de Derecho y para la Revista del Ministerio de Justicia numerosas notas bibliográficas. Entre las publicadas en la primera de las obras citadas, cabe mencionar la reseña de las obras de Juan Bernaldo de Quirós (El seguro social en Iberoamérica); Emilio Betti (Teoría General del Negocio Jurídico); Claude Du Pasquier (“Les lacunes de la loi et de la jurisprudence du Tribunal Federal Suisse sur l’art. 1er. C.C.S.”); Gabriel Marzano (L’interpretazione della legge (con particolare riguardo ai rapporti interpretazione autentica e giurisprudenziale); Roger Dorat des Monts [La cause immoral (Etude et Jurisprudence)]; Eduardo Bonassi Benucci [La responsabilità civile (Exposizione critica e sistematica de la giurisprudenza)]; Michael Giorgianini [La obligación. (La parte general de las obligaciones)]; Carl Larenz (Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos); Andrée Toulemon y Jean Moore [Le préjudice corporel et moral en droit commun (Etude pratique et théorique. Jurisprudence et méthode d’évaluation)]; Carlos Melon Infante [La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale a título (Consideraciones sobre la posesión del transmitente en las adquisiciones ‘a non domino’ de bienes muebles)]; Juan Baptista Jordano Barea (La categoría de los contratos reales); y Néstor De Buen Lozano (La decadencia del contrato).

Durante muchos años ejerció la Secretaría de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal, al tiempo que se desempeñó como Abogado Compila-

dor en el Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia. Fue, asimismo, Miembro de la Comisión Nacional de Legislación, Codificación y Jurisprudencia y corredactor de numerosos proyectos de leyes (sobre trasplantes de órganos y materiales anatómicos en seres humanos, sobre adopción de aguas).

Recibió la Orden al Mérito en el Trabajo, Segunda y Primera Clase, por ascenso; la Andrés Bello, la Francisco de Miranda, Primera Clase; la Cristóbal Mendoza, otorgada por el Colegio de Abogados del Estado Carabobo y declarado Hijo Ilustre de la Ciudad de Mérida con ocasión de los VII Cursos Vacacionales (1980).

Contrajo matrimonio con Raisa March, de cuya unión nacieron tres hijos. Su viuda y uno de sus hijos políticos, el doctor Luis Vargas Leal, donaron a la Biblioteca del Tribunal Supremo de Justicia, los libros que acompañaron durante su vida a Gert Kummerow.

III. Luego de las Palabras Preliminares y de esta Presentación, se difunden las colaboraciones especialmente preparadas para este libro:

1. Luis Eduardo Aveledo Morasso (**El hogar y figuras similares en algunos ordenamientos jurídicos iberoamericanos**) estudia el tratamiento que en Venezuela y en otras latitudes se le ha dado a la institución del Hogar, conocida en otros lugares como Homestead, Fundación Familiar, Asilo de Familia, Casa Barata, Stammgüter. Para efectuar el análisis de esta institución, examina su naturaleza jurídica, objeto, constitución, efectos de la declaratoria y extinción. Finalmente, en cuanto a la regulación del hogar, destaca que, en futuras reformas legislativas, para evitar su desnaturalización, “debe examinarse también lo relativo al valor económico del objeto del hogar”.

2. Ricardo Baroni Uzcátegui (**De la facultad de los municipios para afectar la propiedad privada**), ante la posibilidad de que los municipios puedan afectar bienes inmuebles de propiedad particular para usos públicos a través de las ordenanzas de zonificación, se pregunta sobre la incidencia de esta competencia en el derecho de propiedad; sobre los criterios legales que deben seguir los concejos municipales a los fines de mantener o no tales afectaciones; y si éste mecanismo, que se utiliza para lograr un armonioso desarrollo urbanístico que satisfaga los intereses colectivos, conlleva al pago de una indemnización a los particulares. Finalmente, concluye que el Concejo Municipal deberá proceder a desafectar la propiedad o pagar una indemni-

zación a los particulares cuando el Municipio, haciendo uso de las competencias que tiene para elaborar, aprobar y ejecutar los Planes de Desarrollo Urbano Local, desnaturalice o extinga el derecho de propiedad.

3. Alberto Baumeister Toledo (**Consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de algunas instituciones del derecho agrario venezolano**) centra su meditación en precisar si la existencia del Derecho de Permanencia Agrario en nuestro derecho, constituye una restricción al Derecho de Propiedad como garantía constitucional. El análisis se base en la concepción filosófica del Derecho de Propiedad tal como la concibe el constituyente de 1999, por una parte, y, por la otra, en los conceptos doctrinarios y legales del Derecho de Permanencia en Venezuela y sus efectos sobre el Derecho de Propiedad, a la luz de la nueva Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, con inclusión de pareceres doctrinarios y jurisprudenciales. Afirma, como conclusión, que el “Derecho de Permanencia, constituye en toda forma de derecho, conforme al ordenamiento venezolano, una verdadera restricción al Derecho de Propiedad, por demás común en los ordenamientos modernos que reputan como limitaciones al Derecho de Propiedad, las normas que imponen respeto al interés general y la utilidad pública”.

4. Natalia Boza Scotto (**La propiedad de las acciones del Banco Central de Venezuela. Visión *iusprivatista* de la nacionalización de la banca central**) describe, desde una perspectiva histórica, el proceso de nacionalización del Banco Central de Venezuela, especialmente la incidencia del Decreto-Ley N° 507 del 30 de octubre de 1974 en el tratamiento jurídico de la titularidad del derecho de propiedad sobre las acciones de la referida institución. Luego de revisar la doctrina patria que se desarrolló en torno a las nacionalizaciones de los años 70, de exponer la transformación que sufrieron las acciones cuya propiedad estaba en el patrimonio de los particulares y ofrecer una interpretación del artículo 100 del Decreto-Ley N° 507, concluye que la República adquirió de forma inmediata y originaria el 50% de las acciones que estaban en manos de particulares, con lo cual la prohibición de enajenar se extendió a la totalidad del capital social y las acciones del Banco Central de Venezuela perdieron su aptitud para ser objetos de negocios jurídicos.

5. Carlos Luis Carrillo Artilles (**El abandono voluntario como causal de desvinculación matrimonial en Venezuela. Inmersión crítica a cierta visión doctrinal**) luego de considerar que el abandono voluntario exhibe una particular amplitud y mutabilidad en su contenido y que ha sido objeto de un uso excesivo ante los tribunales, considera necesario el análisis de esta causal de disolución del vínculo matrimonial, y para ello, presenta su regula-

ción en los diversos códigos civiles, expone los elementos que lo configuran y los elementos requeridos para probarlo, y, finalmente, esgrime una serie de consideraciones destinadas a cuestionar lo que un sector de la doctrina todavía sostiene como el llamado “débito conyugal”.

6. Alfredo De Jesús O. (**La cesión de créditos hipotecarios y la regla del accesorio**) estudia las recientes sentencias que la Sala de Casación Civil dictó en materia de validez de la cesión de un crédito hipotecario, y cuya motivación ambigua sugiere dos interpretaciones, a saber: que el registro de la operación es una condición de validez de la cesión del crédito hipotecario o que es una condición para su oponibilidad frente a terceros. Sin embargo, haciendo uso del aforismo ‘lo accesorio sigue a lo principal’, desvirtúa tales interpretaciones, para concluir que “la cesión de un crédito hipotecario se rige por las normas de la cesión de créditos consagrada en los artículos 1.549 y siguientes de nuestro Código Civil, tanto en lo que respecta a su validez como a su oponibilidad frente a terceros, confiriendo a la pretendida exigencia del registro de la operación un carácter facultativo, una mera facultad del cesionario que no tiene sino un valor estrictamente probatorio”.

7. Anabella Del Moral (**El rol de la familia en la doctrina de la protección integral**) considera que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela abrió la posibilidad de proteger jurídicamente a los diferentes tipos de familia y no solamente aquella que está conformada por el padre, la madre e hijos. Partiendo de esta premisa, estima que los miembros de la familia, en su amplia concepción, deben colaborar dentro del ámbito de sus competencias en la formación y desarrollo integral de los niños y adolescentes que conforman el núcleo familiar. En este contexto, la autora aborda tópicos como ‘La familia y los derechos del niño: Convención sobre los derechos del niño’, ‘El rol fundamental de la familia en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente’, entre otros.

8. María Candelaria Domínguez Guillén (**La delación en los regímenes de incapaces**) reflexiona sobre la delación en los diversos regímenes de incapaces, con especial referencia a la tutela y la curatela. Para efectuar su análisis, en un primer capítulo se refiere a la noción, fundamento y especies de la delación, y luego, en el segundo, profundiza la tutela de menores, la tutela de mayores, la curatela y la emancipación. Finalmente se plantea una pregunta respecto de la posibilidad de que la propia persona puede designar tutor para el caso de futura incapacidad, la cual, posteriormente, denomina ‘delación voluntaria o personal’.

9. Ramón J. Escovar Alvarado (**Arbitraje en contratos de interés público de naturaleza comercial internacional**) se propone analizar el Arbitraje en Contratos de Interés Público de naturaleza comercial internacional y, en especial, las consecuencias que derivan de la dualidad de sistemas –normas imperativas de Derecho local y normas y principios del Derecho comercial internacional– que los rigen. En la realización de su análisis, el autor, en primer lugar, examina la naturaleza comercial e internacional que pudiesen tener ciertos contratos de interés público, luego expone las diferentes posturas que se presentan frente a la relación entre el arbitraje comercial internacional y el régimen de inmunidad relativa establecido en el artículo 151 de la Constitución de la República, y, por último, se refiere al impacto que el principio de orden público internacional tiene en los Contratos de Interés Público.

10. Sara Lidia Feldstein de Cárdenas (**La Convención Interamericana de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Una mirada desde el derecho internacional privado argentino**) estudia este instrumento internacional, porque, en el caso específico de Argentina, ha sido utilizado como fuente en los procesos de reformas legislativas y como punto de referencia de la doctrina y la jurisprudencia; además, porque el mismo, en algunos casos, ofrece respuestas prácticas y útiles, por ejemplo: evita los conflictos de convenciones pues, “no se aplicará la Convención a los contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional que vincule a los Estados Parte”. De igual modo, destaca la solución novedosa que brinda la Convención al disponer que “el contrato se rige por el derecho elegido por las Partes”.

11. Guido Garbati Garbati y Alejandra León Parada (**La Novación**) se aproximan, desde una óptica de derecho civil, al tema de la novación, concebida como el acuerdo por el cual las partes deciden extinguir una obligación preexistente para crear una nueva que la sustituya y que difiera de la anterior en algún elemento esencial. Para efectuar su análisis, se enfocan en los conceptos que distintos autores han desarrollado, de los cuales consideran los elementos comunes, para arribar así a un concepto afín con todas las definiciones. Posteriormente, repasan las principales clasificaciones de la novación, los requisitos necesarios para su configuración, existencia, efectos y la comparación de esta con otras instituciones jurídicas de similar naturaleza. Para concluir, citan tres sentencias de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, vinculadas con el tema objeto de su estudio.

12. Mervy Enrique González Fuenmayor (**Comunidad concubinaría. Invencciones y mejoras: regulación en el campo del derecho civil y en el campo del derecho del trabajo**) trata de precisar y analizar las diferencias y similitudes que existen en el tratamiento jurídico de la comunidad concubinaría por parte del Derecho Civil y del Derecho del Trabajo. De igual modo, destaca algunos criterios jurisprudenciales, que en algunos casos, genera una serie de consecuencias “funestas para los miembros de la relación concubinaría”; pero en otras ocasiones le da a la comunidad concubinaría un trato igual a la institución del matrimonio (sentencia N° 357 de la Sala de Casación Civil del 15 de noviembre de 2000). Por otra parte, aborda también algunos aspectos de las invenciones y mejoras, y su desarrollo jurisprudencial a través de la Sala de Casación Social.

13. José Manuel, Guanipa Villalobos [**Influencia del Código Napoleón en el Código Civil venezolano (en el bicentenario del Code)**] destaca la influencia que dicho instrumento normativo tiene en la legislación de nuestros días. En este sentido, luego de presentar la incidencia del *Code* en los países europeos, orientales y del continente americano y de describir el proceso de codificación en Venezuela, concluye señalando que, a pesar de las múltiples modificaciones sufridas por nuestra legislación civil y la influencia recibida de otras fuentes, el 15% de los artículos del Código Civil vigente evidencia una influencia directa del *Code*, lo que, aunado a experiencias foráneas similares, lo mantiene aun en un sitio preferencial.

14. Milagros Hernández de Sojo-Bianco (**Validez de Sociedades Mercantiles entre cónyuges**), en trabajo relacionado con el Derecho Civil y el Mercantil, analiza la falta de regulación y las diversas opiniones –en pro y en contra– de la doctrina nacional y extranjera sobre este tipo de sociedades. Concluye afirmando su validez, entre otras razones, porque nuestra legislación se limita a prohibir la celebración del contrato de compraventa entre cónyuges y esta prohibición debe interpretarse restrictivamente.

15. Juan Ignacio Lessmann (**Objeto social de Petróleos de Venezuela, S.A. y de sus empresas filiales operadoras de las actividades de hidrocarburos –Transformación del objeto social inicial**) examina los cambios sustanciales que se han efectuado en el Objeto Social de Petróleos de Venezuela, S.A., y de sus empresas filiales que realizan las actividades petroleras reservadas. Con este objetivo en mente, analiza tanto el Objeto Social original de Petróleos de Venezuela, S.A., y sus empresas filiales operadoras cuando fueron creadas en 1975 para atender las actividades reservadas por la llamada

Ley de Nacionalización, hasta el actual, tal como se desprende de sus Actas Constitutivas Estatutos y de la vigente Ley de Hidrocarburos que regula sus actividades (Decreto Legislativo con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, *Gaceta Oficial* N° 37.323 de 13 de noviembre de 2001).

16. Rafael Ortiz-Ortiz (**Algunos aspectos sobre el daño moral y la teoría de la responsabilidad civil**) pretende abordar aspectos relevantes para definir el daño moral, su regulación positiva en el ordenamiento jurídico venezolano y su clasificación. El autor parte de la consideración de que el daño moral no se puede definir sobre la base de la oposición entre daño material-daño moral sino apuntando al elemento inmaterial o espiritual siempre presente. De igual modo, el autor propone una nueva clasificación de daños morales en primarios o autónomos (aquellos que sólo afectan bienes espirituales o intangibles) y daños morales secundarios o vinculados, que serían aquellos que son consecuencia de una afección a bienes corporales o que tienen una traducción económica directa. Por último, el autor toma conciencia sobre la procedencia de los daños morales en el marco de la responsabilidad contractual y la posibilidad de legitimación activa de las personas jurídicas para exigir responsabilidad por este concepto.

17. Mario J. A. Oyarzábal (**El nombre y la protección de la identidad de las personas. Cuestiones de derecho internacional público y privado**) destaca el reconocimiento del nombre como un derecho humano tutelado por tratados internacionales que en Argentina tienen rango constitucional y sus normas —específicamente las que declaran un derecho o una libertad— tienen carácter operativo, es decir, derogan en forma automática cualquier norma interna o convencional que se les oponga. De igual modo, el autor estudia el derecho aplicable para la determinación del nombre, para lo cual, establece que la ley domiciliaria es la que rige la formación y composición del nombre de una persona, ley que elegirá el nombre individual o de pila, así como el número de nombres permitidos y cuáles se encuentran prohibidos. Por otra parte, el autor señala que el sobrenombre o apodo, siendo un factor de identificación de la persona que produce efectos jurídicos, también queda sometido a la ley del domicilio. Finalmente, el autor se pregunta sobre los efectos que podría tener el principio de autonomía de la voluntad sobre la escogencia de la ley que regule el nombre.

18. Rafael Parra Pérez (**Derechos reales y de crédito. Bases históricas de la dogmática contemporánea**) antes de desarrollar el tema escogido, considera como ineludible la tarea de precisar el concepto y objeto de una rela-

ción jurídica, categoría a la que pertenecen los derechos crediticios y reales. Posteriormente, ya ubicando los derechos reales y crediticios en la categoría de derechos patrimoniales, el autor destaca, en primer término, “una enconada discusión” sobre si estos últimos pertenecen a esa categoría y, en segundo término, expone su parecer sobre el tema y señala que “la connotación de la patrimonialidad no choca con la visión del derecho de crédito como una relación intersubjetiva, cuyo objeto en la especie es patrimonial al asumir la correlativa obligación la fisonomía de ‘deuda’, es decir, conducta con interés económico para el acreedor”. Finalmente, luego de efectuar otras consideraciones, acota que el iusnaturalismo no sólo es responsable por la doctrina de los innatos derechos subjetivos sino también por la división bipartita de los derechos patrimoniales.

19. Gonzalo Parra-Aranguren (**La frustrada tentativa de modernizar el Derecho internacional privado venezolano en el Código Civil del diez de diciembre de 1880**) ilustra al lector sobre la situación que antecedió y precedió a la promulgación del Código Civil de 1880, para ello cita los comentarios que de las autoridades del Ejecutivo Nacional, la opinión de connotados académicos, entre otros. Asimismo, el autor expone las normas del Código Civil de 1880 sobre nacionalidad, condición de los extranjeros, derecho procesal civil internacional y escogencia de la ley aplicable a casos conectados con varios ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes, disposiciones que evidencian la concepción amplia del objeto del Derecho Internacional Privado predominante en el medio jurídico venezolano de la época. Por último, presenta las distintas apreciaciones que surgieron con motivo del Código Civil de 1880, y a tal efecto, destaca las opiniones favorables del Ministro de Relaciones Interiores y los prudentes juicios de los comentaristas del Código.

20. Mariliana Rico Carrillo (**El cumplimiento electrónico de obligaciones dinerarias**) expone, primero, la evolución del cumplimiento de las obligaciones dinerarias, desde la entrega de dinero de curso legal hasta el dinero electrónico. Analiza, seguidamente, la legislación internacional, particularmente las normas del Derecho Uniforme del Comercio Internacional provenientes de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional relativas a las Transferencias Electrónicas de Fondos, las normas del Derecho comunitario europeo y la preceptiva venezolana. Destaca, por último, las razones por las cuales afirma la legalidad de los pagos efectuados con dinero electrónico, a saber: el principio de la autonomía de la voluntad y la libertad de pacto; la validez de los contratos efectuados por medios electróni-

cos; y el principio según el cual el pago puede hacerse en dinero efectivo o en un signo que lo represente.

21. Rodrigo Rivera Morales (**Algunos aspectos de las nulidades absolutas en el derecho civil venezolano**) en primer término, ofrece una definición de nulidad, efectúa la distinción entre nulidad y otras figuras, y deslinda la nulidad civil de la procesal. En segundo término, ya enfocado en la nulidad civil, el autor elabora una definición, expone sus características y tipos, y, finalmente, presenta los aspectos procesales de la acción de nulidad.

22. Andrea Rondón García (**Protección del tercero en los procedimientos interdictales**), analiza los problemas que enfrenta el tercero afectado por una medida de secuestro dictada en un procedimiento interdictal, y defiende una interpretación extensiva y teleológica del artículo 546 del Código de Procedimiento Civil como un mecanismo de defensa para ese tercero. Con este fin, expone las razones por las cuales coincide con la tendencia jurisprudencial de la Sala Constitucional, que desde sentencia N° 1.317 del 19 de junio de 2002, caso: *León Cohén C.A.*, estableció la posibilidad del tercero, que alegue ser propietario o poseedor, incluso precario, de oponerse a la medida de secuestro a través del artículo 546 de la Ley Adjetiva Común.

23. Miriam San Juan Armas (**División patrimonial en las mediaciones para la separación y el divorcio**) destaca que la división y liquidación del patrimonio común construido durante el matrimonio o durante la vida de una pareja de hecho, son etapas que pueden ser encaradas constructivamente a través de la mediación, y para ello la persona mediadora, además de dominar las técnicas de esta modalidad de resolución de conflictos, debe tener una comprensión general del régimen legal que regula este tipo de patrimonio. Además, la autora esboza, en líneas generales, el régimen jurídico del Código Civil español, detalla todos los aspectos del activo y pasivo patrimonial con que puede contar una pareja, y da cuenta del tema de la ocultación de información y sus consecuencias. Para finalizar, presenta el examen de los bienes y la negociación, señalando la libertad de actuación de las partes, las posibles cuestiones de género, los aspectos emocionales, para finalmente identificar los intereses en juego, lo cual facilita el acuerdo y evita contenciosos costosos económica y afectivamente.

24. Carlos J. Sarmiento Sosa (**Comentarios sobre los aportes a las sociedades civiles**) considera que el legislador, al elaborar el Código Civil vigente, no estableció claramente los rasgos que diferencian las sociedades civiles

dotadas de personalidad jurídica y aquéllas que son un mero contrato entre partes, particularmente en lo relacionado con los aportes. Para sustentar su tesis, estudia, entre otros aspectos, el tema en las sociedades civiles y, con este motivo, se refiere a la etimología del vocablo, su necesidad, su naturaleza, su propietario, sus formalidades y el valor de los mismos.

25. Silvia Y. Tanzi y Laura B. Bilotta (**La responsabilidad objetiva en el derecho privado argentino**) destacan que uno de los presupuestos que concurren para generar el deber de reparar es el factor de atribución de la responsabilidad, el cual es objetivo en Argentina. Dicha atribución objetiva de responsabilidad, a su entender, tiene como soporte fundamental la teoría del riesgo, aunque también destacan la garantía como otro factor de distribución. Igualmente, señalan con preocupación como la inclusión de la responsabilidad objetiva en la normativa civil argentina omitió pronunciarse sobre la actividad riesgosa, no fijó un tope indemnizatorio que acompaña a toda responsabilidad objetiva y no contempló el caso fortuito genérico como eximente. Finalmente, abordan el sistema de responsabilidad de los países integrantes del MERCOSUR y otros factores de distribución, por ejemplo: el abuso del derecho.

26. Silvia Y. Tanzi y Juan María Papillú (**Algunas consideraciones en torno al consentimiento informado. Derecho argentino**) indican que en la actualidad en la relación médico-paciente destacan el derecho del paciente a conocer los riesgos a qué se expone desde el comienzo mismo de la relación médica y el deber del médico de informar al paciente y respetar su libertad de elegir los riesgos a qué se somete desde que comienzan los exámenes, el diagnóstico y el tratamiento. En este contexto, el consentimiento informado constituye la declaración de voluntad que manifiesta el paciente, luego de brindársele suficiente información sobre el procedimiento o la intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable. Por otra parte, señalan que todavía existen disposiciones que reflejan la tradición paternalista que perduró durante siglos en la medicina, ello, a pesar de existir en Argentina una precisa regulación del deber de informar, que también abarca el deber del médico de asegurarse de que los pacientes hayan comprendido la información brindada. Para culminar, enfatizan que podría surgir la responsabilidad civil del galeno por omisión del consentimiento informado, aun cuando su conducta en el diagnóstico o durante el tratamiento esté exenta de reproche.

27. Carlos Alberto Urdaneta Sandoval (**Introducción al análisis dogmático del acto jurídico testamentario. Fundamento, definición y caracteres**) considera que –aun cuando el testamento es uno de los actos jurídicos de tradición romana más interesantes de analizar por su singularidad y especialmente por los efectos que produce– es un tema no suficientemente estudiado por la doctrina nacional en lo relacionado con su teoría general. Por ello, dentro de la exposición de la sucesión testamentaria, examina el fundamento, definición y características del testamento, con especial énfasis en el estudio y crítica de la dogmática jurídica tanto foránea como nacional desarrollada en torno al tema.

28. Luis Abraham Vargas Leal (**Limitaciones legales de la propiedad predial y servidumbres en materia de telecomunicaciones**) –con base en el concepto de Derecho Vía como una servidumbre legal, esto es, la obligación que tiene toda persona que posea o controle una vía general de telecomunicaciones de permitir su acceso y utilización por parte de los operadores de telecomunicaciones que así lo soliciten– estudia la naturaleza, titularidad y objeto de las vías generales de telecomunicaciones, los principios que le son aplicables y los que favorecen al operador establecido, los contratos de Derechos de Vía, el ejercicio de las servidumbres en materia de vías generales de telecomunicaciones, la modificación y extinción de las servidumbres, y la defensa de las vías generales de telecomunicaciones.

IV. Deseamos agradecer, una vez más, aun cuando nunca será suficiente, la generosa cooperación recibida en la preparación de esta obra, tanto a quienes enviaron su colaboración como a quienes –sin especificar razones– no pudieron hacerlo. En particular a Andrea Rondón García, Abogada *magna cum laude* de la Universidad Central de Venezuela, por su desinteresada cooperación en la elaboración de los resúmenes incluidos en esta *Presentación*. Todos pusieron su grano de arena en el homenaje que el Tribunal Supremo de Justicia rinde a Gert Friederich Kummerow Aigster, cuando se aproxima el tercer aniversario de su muerte.

En la oportunidad de responderle al Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas la comunicación que éste le enviara, cumpliendo la honrosa encomienda de participarle la aprobación de su jubilación, el tres de diciembre de 1985, Kummerow escribió: En el futuro, “nuestra Facultad cuenta con los servicios de un profesor jubilado –mas no retirado– cuando lo reclame”, pues “La misión de enseñar lo poco que uno ha aprendido nace y desaparece físicamente. *La labor de juzgar queda para un momento ulterior. Está con-*

fiada a otras personas” (énfasis añadido). Continuó, ciertamente, ejerciendo su función docente hasta su muerte en el Centro de Estudios de Postgrado, por una parte. Por la otra, al aprobar la preparación de este libro, el Tribunal Supremo de Justicia no pretendió, como ordinariamente sucede, cerrar un litigio con una sentencia definitivamente firme, sino iniciar el reconocimiento público que la vida y la obra de Kummerow merecen.

Caracas, 05 de octubre de 2004

Fernando Parra Aranguren

El hogar y figuras similares en algunos ordenamientos jurídicos iberoamericanos

Luis Eduardo AVELEDO MORASSO*

SUMARIO:

Introducción

1. **Análisis de figuras similares en algunos ordenamientos jurídicos iberoamericanos:** 1.1 *En el Derecho argentino.* 1.2 *En el Derecho de la República Federativa de Brasil.* 1.3 *En el Derecho colombiano.* 1.4 *En los Estados Unidos Mexicanos.* 1.5 *En el Derecho del Reino de España.* 1.6 *En el Derecho peruano.*
2. **Naturaleza jurídica del hogar.**
3. **El objeto.**
4. **Constitución del hogar:** 4.1 *Aspectos generales.* 4.2 *Procedimiento de Constitución.*
5. **Efectos de la declaración de hogar.**
6. **Extinción o finalización del hogar.**

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. Magíster en Historia de Venezuela. Mención *Cum Laude*. Profesor Jefe de Cátedra de Derecho Civil II (Bienes, Cosas y Derechos Reales.), Cursante del doctorado en historia. **Universidad Santa María**, Curso de Doctorado en Derecho Procesal Civil y Mercantil (1978-1980). Profesor de Historia del Derecho, Derecho Civil II, Derecho Procesal Civil I y II (1983-1997) *Jornadas Internacionales de Derecho Civil, Homenaje al Doctor José Luis Aguilar Gorrondona, ponente.* **Aveledo Klempner Rivas Pérez Trujillo Sanz & Asociados**, ex socio fundador. **Bufete Lepervanche Parpacén**, socio fundador.

INTRODUCCIÓN

La primera vez que se instituyó el hogar en la legislación venezolana fue en el Código Civil promulgado el 19 de mayo de 1896 por el *General Joaquín Crespo*. Los parlamentarios, desde su inclusión en la ley sustantiva, lo han colocado en la sección que contiene los derechos reales de usufructo, uso y habitación. ***Tal colocación obedece, evidentemente, a la intención (del legislador) de dotar al hogar de los caracteres específicos de los derechos reales (limitados), parangonándolo al usufructo, el uso y habitación, para conservarlo como desmembración autónoma del dominio pleno.***¹

La explicación antes descrita del maestro *Kummerow* aunque no la comparto, es válida, pues este instituto en Venezuela tiene sus características muy especiales que hacen que los beneficiarios se puedan asemejar a efectivos usuarios y/o titulares del derecho de habitación. El inmueble dispuesto en hogar no puede ser objeto de medidas judiciales de cautela o definitivas, pero de cierta manera tiene similares particularidades que, en distintas legislaciones poseen institutos similares, como lo indicaré más adelante.

Señala el Código Civil de 1876 que instauró el hogar, en su artículo 546, lo siguiente:

Toda persona mayor de edad, capaz de obligarse, puede constituir para sí, para su familia ó para cualquier otra persona un hogar propio, excluido absolutamente de su patrimonio y de la responsabilidad establecida en el artículo 1835.²

También se ha señalado que el patrimonio separado del hogar tiene un precedente más definido en la ***“homestead”***, consagrado como ley en el Estado de Texas, Estados Unidos de América, el 26 de enero de 1839, hasta llegar a ser ley federal con la denominación de ***Homestead Law***, aprobada por el Congreso de los Estados Unidos de América, el 29 de mayo de 1862.³

¹ Kummerow, Gert. *Compendio de Bienes y Derechos Reales (Derecho Civil II)*, Ediciones Magon. Caracas. 1980 p. 465.

² Leyes y Decretos de Venezuela 1894-1896. Tomo 18. Serie República de Venezuela. Caracas 1990. p. 543. El artículo 1.835 del Código Civil al que alude el artículo citado prevé: *Los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, quienes tienen en ellos un derecho igual, si no hay causas legítimas de preferencia. Las causas legítimas de preferencia son los privilegios e hipotecas. Ibidem.* p. 644. Esta norma es idéntica al artículo 1.864 del Código Civil vigente, que en unión al 1.863 *ejusdem*, establece el fundamento de la responsabilidad patrimonial de las personas.

³ Ver Kummerow. *Compendio...*, Ob. Cit., p. 446.

Dominici nos señala como finalidad de esta institución jurídica la siguiente:

Tiene por objeto asegurarle á la familia un refugio, donde puede recogerse el día que desaparezca el patrimonio por acontecimientos previstos ó imprevistos, justificables ó injustificables. Es la inmunidad del asilo para la mujer y los hijos respecto del acreedor que persigue al deudor insolvente, cuyos bienes están todos obligados á responder de las deudas contraídas. La filosofía del Derecho viene luchando desde lejanos siglos para redimir al hombre de la servidumbre de la deuda, sin menoscabar la acción racional del acreedor.⁴

1. ANÁLISIS DE FIGURAS SIMILARES EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS IBEROAMERICANOS.

1.1 EN EL DERECHO ARGENTINO

La Ley 14.394 de aquel País, regula el Régimen de Menores y el “Bien de Familia”, establece ésta en su artículo 34, lo siguiente:

Toda persona puede constituir un “Bien de Familia”, un inmueble urbano o rural de su propiedad cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y de vivienda de su familia que se establecerán reglamentariamente.⁵

A primera vista no se percibe la *sententia legis* de adecuar las necesidades de sustento de una familia a un inmueble protegido o exento⁶ de la acción de los acreedores a las insuficiencias económicas de la familia.

Pero el destaque de esta institución del Derecho argentino está determinado en la finalidad del inmueble que es objeto de “*Bien de Familia*”. En efecto, el inmueble que se afectará a “*Bien de Familia*” puede tener primordialmente dos propósitos a saber: 1) La de ser vivienda propiamente dicha para

⁴ Dominici, Aníbal. *Comentarios al Código Civil (Reformado en 1896.)* Tomo Primero. Imprenta Bolívar 1897. p. 695.

⁵ Código Civil de la República Argentina. Editorial Lexis Nexis Abeledo-Perrot Buenos Aires. Argentina 2004, p. 735.

⁶ El artículo 38 de la Ley 14.394 establece: *El “Bien de Familia” no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aun en caso de concurso o quiebra, con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble (omissis) o créditos por construcción o mejoras introducidas en la finca. Código Civil argentino, Ob. Cit., p. 735.*

ser habitada por los beneficiarios o si esa vivienda está en el medio urbano nada impide que se arriende, y los proventos obtenidos de ella, sean destinados en abrigar las insuficiencias económicas de los beneficiarios; 2) Por otro lado, si el inmueble objeto de la Institución Jurídica es rural nada impide que sea explotado de manera industrial, como para la agroindustria, entre otras y así propender al beneficio de la familia.

Cuando se trate de un inmueble establecido como “*Bien de Familia*” que esté dedicado a la explotación industrial, la Ley argentina determina posibilidad de ejercer medidas de cautela el artículo 39 de la ley en comentario fija:

Serán embargables los frutos que produzca el bien en cuanto nos sean indispensables para satisfacer las necesidades de la familia. En ningún caso podrá afectar el embargo más del cincuenta por ciento de los frutos.⁷

El inmueble objeto de declaratoria como “*Bien de Familia*” no podrá ser enajenado, así como tampoco ser *objeto de legado o efectuar mejoras testamentarias sino media causa grave o manifiesta utilidad para la familia*.⁸ El primero de estos supuestos también está contenido en nuestra legislación; el otro, es quizá de expresión muy genérica. La causa grave en nuestra legislación es entendida como necesidad extrema que no exista otro remedio de dar en venta el inmueble para cubrir una necesidad imperiosa. La observación de *Dominici* es orientadora, él decía: *Por necesidad extrema entendemos una escasez de medios de subsistencia semejante á la indigencia. No sería racional que fuese reducida la familia á perecer de miseria, pudiendo utilizar en el trabajo el valor que está inmovilizado en el hogar*.⁹

Por otro lado, la naturaleza jurídica del hogar es harto discutida por la doctrina patria. En efecto, para algunos habiendo sido emplazado el hogar en el Código civil, en el lugar de los derechos reales menores, usufructo, uso y habitación se dice que entre las particularidades de éste se comprende una cierta similitud a éstos, en lo atinente al uso de la cosa objeto, para quien escribe tal criterio es inapropiado. En mi convencimiento, el único derecho real que gravita en el hogar es la propiedad que sobre ésta se impone una limitación, la cual consiste en cercenar la facultad de disposición de ese derecho; por otro lado, la facultad que se restringe con el hogar se readquiere,

⁷ *Ídem*.

⁸ Artículo 37. *Ídem*.

⁹ Dominici, Anibal Comentarios... *Ob. Cit.*, p. 705.

pues hay retorno a la plenitud del dominio, conforme a lo establecido en el artículo 641 del Código Civil, el cual prevé: *Cuando hubiere fallecido el último miembro de la familia para quien fue constituido el hogar, o cuando haya fenecido el derecho a gozar de él, volverá el inmueble al patrimonio del constituyente o de sus herederos. (Destacado nuestro)*. Lo anterior denota que el patrimonio separado deja de serlo y pasa el bien en dominio pleno al patrimonio de las personas indicadas, lo que simboliza el retorno con todos los atributos del derecho de propiedad del inmueble, con todas las facultades y características del mismo.

Insisto de que en mi opinión el hogar no puede ser apreciado como un derecho real pleno, ni menos pleno, ni asimilarse a esta clasificación de los derechos su alcance en el derecho civil II; radica, entre otras, en su localización en nuestro principal Código sustantivo y en la reminiscencia de que al constituirse se establece como patrimonio separado con todas las consecuencias que ello trae en conformidad con nuestra legislación

Ahora bien, la aptitud de readmitirse todas las facultades del dominio, una vez se suprime el hogar, no es peculiaridad de nuestro derecho, también sucede en el derecho extranjero. En efecto, el ordenamiento jurídico argentino, en la Ley 14.394, en su artículo 34 que establece los supuestos de desafectación del “bien de familia”, en su literal d) señala: *De oficio o a instancia de cualquiera de los interesados... o que hubieran fallecido todos los interesados*.¹⁰ Lo mismo que sucede en nuestro derecho cesa el “bien de familia” y esa propiedad excluida o separada de la masa patrimonial se reintegra a ésta.

Por último debo destacar cierto paralelismo de las normas de nuestro derecho reguladoras del *hogar* con las que ordenan el *bien de familia*, la ley argentina, tantas veces citada, en su artículo 45 señala: *Nadie podrá constituir más de un “bien de familia”. Cuando alguien resultase ser propietario único de dos o más bienes de familia deberá optar por la subsistencia de uno*.¹¹ Nuestro derecho en el artículo 634 de Código civil prevé: *Una persona no puede constituir sino un hogar...*

1.2 EN EL DERECHO DE LA REPÚBLICA FEDERATIVA DE BRASIL

En la República Federativa de Brasil existe una institución que se denomina “*Bem de Família*” instaurada en el Código Civil brasileño desde 1916 y

¹⁰ Código Civil argentino *Ob. Cit.*, p. 736.

¹¹ *Idem*.

ratificada y ampliada en el Código Civil de 2002. Esta figura de la vecina república está quizá legislativamente mejor acabada que la institución del hogar, instituida desde hace vieja data en nuestra legislación.¹²

i) ¿Quién puede constituir el *bien de familia*?

El *bien de familia* puede ser constituido por los cónyuges o por una *entidad familiar* (*entidade familiar*) mediante escritura pública, y para ello pueden destinar una parte de su patrimonio que no exceda o sobrepase de un tercio de su patrimonio líquido existente al tiempo de la institución de la figura legal (Artículo 1.711 CCB).¹³

Al examinar esta norma nos tropezamos con la duda de determinar: ¿Qué es una *entidad familiar*? A reserva de lo afirmado, aclaro que serían: los parientes o pariente del cónyuge o cónyuges y los descendientes de éstos; en todo caso, los elementos restrictivos que desde el punto de vista económico se implantan para los cónyuges para el establecimiento del “*Bem de Família*” también se aplican a la “*entidad familiar*”; es decir, que el bien de familia constituido por ellos no puede exceder del tercio de su patrimonio. La constitución del “*Bien de Família*” por una entidad familiar podría establecerse por razón de donación o testamento y mediante la aceptación de ambos cónyuges beneficiados (Parágrafo único, artículo 1.711, CCB)

ii) ¿Cuál es el objeto del bien de familia?

El “*Bem de Família*” puede recaer en un fundo residencial urbano o rural con sus pertenencias y accesorios, destinándose ambos a domicilio familiar y podrá abarcar o contener valores mobiliarios cuya renta será aplicada en la conservación del inmueble y del sustento de la familia (Artículo 1.712 CCB).¹⁴ Al considerar esta norma debemos fijar que ella indica: “valores mobiliarios” que idiomáticamente son distintos a “*Bens Móveis*” (bienes muebles);

¹² Esto me hace pensar la necesidad de una reforma de nuestro Código Civil tomando en cuenta ésta u otras legislaciones. En tal raciocinio se localiza una reflexión del ilustre jurista del siglo XIX, licenciado Cecilio Acosta, que nos decía: “*Es otro error que da lástima, atacar una legislación porque ha tomado por modelo otra. No puede ser de otra manera, porque las leyes tanto sociales como naturales no se inventan, sino se hallan.*” Más adelante indicaba: “*Es esto tan cierto que el que tiene un conocimiento en este asunto, aunque no sea abogado, si toma una colección de códigos verá con harta frecuencia en las varias columnas y en las líneas horizontales paralelas, artículos idénticos, o parecidos o repetidos de legislación en legislación.*” Los Códigos Nacionales. Acosta, Cecilio. *Obras Completas*, Vol. IV. Empresa El Cojo. Caracas MCMIX. 99, pp. 192-194.

¹³ *Novo Código Civil*, Editora Folha, Rio de Janeiro, Brasil, 2002, p. 275.

¹⁴ *Ídem*.

por lo tanto, debe concebirse que el bien familiar podría abarcar tanto un bien inmueble como títulos valores, según nuestro derecho.

iii) Con respecto a los valores mobiliarios, el Código Civil brasileño en su artículo 1.713¹⁵ trae una regulación por demás atrayente, que es ventajoso señalar como algo novedoso y de interés. En tal sentido tenemos:

a) No puede exceder del valor del predio instituido como *“bem de família”* para la época de su establecimiento.

b) Deben ser individualizados y establecidos en el instrumento que constituya el *“bem de família”*. (inmobiliario)

c) Si se trata de títulos nominativos al ser establecidos como *“bem de família”* deberá constar en los respectivos libros de registro.

d) El que constituya (los valores mobiliarios) como *bien de familia* podrá determinar que la administración de los valores mobiliarios sea confiada a una institución financiera.

iv) La institución de *“bem de família”* forma un patrimonio separado. Los valores mobiliarios destinados al *“bien de familia”* también están exento de la prenda común de los acreedores. Resulta muy novedoso por los objetos que por un lado conforman el bien inmueble (predio urbano o rural, sus pertenencias y accesorios), y el hecho de que también se le adiciona los llamados valores mobiliarios, cuyo principal fin es el mantenimiento del bien inmueble que compone el eje principal de este patrimonio separado.

v) El *“bem de família”* en caso de que exista imposibilidad de manutención podrá ser sustituido por otro, manteniéndose las mismas condiciones que existieron para la constitución del primero. (Artículo 1179 CCB)

vi) A los cónyuges le corresponde la administración del *“bien de familia”* y a la muerte de uno de ellos, lo administrará el cónyuge sobreviviente; en caso del óbito de los dos, lo administrará el hijo mayor y en el supuesto de la sola existencia de menores será administrada por el tutor hasta el arribo de éstos a la mayoría (artículo 1.720-1.721CCB).¹⁶ No regula el subtítulo del Código Civil del Brasil, lo que podría suceder en caso de divorcio, como sí

¹⁵ *Idem.* p. 276.

¹⁶ *Idem.* p. 277.

sucede en la nuestra. Este instituto o figura jurídica es de reciente establecimiento en la República Federativa de Brasil a diferencia de la de igual nombre que existe en la República Argentina establecida en Ley 14.394, publicada el 30/12/1954.¹⁷ Los valores mobiliarios destinados al “*bien de familia*” no podrán exceder del valor del predio instituido como “*bem de família*” para la época de su establecimiento.

1.3 EN EL DERECHO COLOMBIANO

La institución de *Afectación a Vivienda Familiar* es reciente en la legislación colombiana apareció por primera vez, en la Ley 258 del 17 de enero de 1996. Y sólo puede ser establecida por los cónyuges y sobre un inmueble destinado a habitación de la familia (Artículo 1), también puede ser constituido por parejas en *more uxorio*, como se establece en el artículo 12 *ejusdem*, el cual prevé:

Las disposiciones de la presente ley referidas a los cónyuges se aplicarán extensivamente a los compañeros permanentes cuya unión haya perdurado por lo menos dos (2) años.¹⁸

El inmueble afectado puede ser enajenado o sobre él constituirse gravamen o cualquier otro derecho real menor mediante *el consentimiento libre de ambos cónyuges, el cual se extenderá expresado con la firma (Artículo 3)*. En tal sentido, la enajenación y constitución de hipoteca o cualquiera otro derecho real menor podrá ser realizado, mediante el consentimiento de ambos cónyuges, el cual se entiende realizado mediante la firma estampada por ambos esposos, en el instrumento constitutivo de los actos jurídicos indicados; pareciera que la ley colombiana a los nombrados actos, les da el carácter de personalísimos.

La cesación de la afectación a vivienda familiar es relativamente fácil y ella opera en principio cuando lo solicitan los cónyuges, en cualquier momento después de la constitución o mediante ocurrencia de ciertos supuestos establecidos en la ley, a saber:

¹⁷ **Nota del Autor** Fundamento mi apreciación en que el texto brasileño consultado fue Novo Código Civil, lei 10.406 de 2002 (Editora Folha Dirigida Rio de Janeiro Brasil 2002), el mismo fue concordado por la profesora Roberta Portela y ella concuerda con los artículos del nuevo texto con los del Código Civil derogado de aquel país el de 1916, en aquellos no contenidos en el viejo texto, no hace referencia como es en el instituto analizado.

¹⁸ Ley 258, en Código Civil (colombiano). Titulado y anotado por Hernán Valencia Restrepo, 3ª edición. Editorial Themis, Bogotá, Colombia 1999 p. 1.343.

Artículo 4¹⁹

1.- Cuando exista otra vivienda efectivamente habitada por la familia o se prueba siquiera sumariamente que la habrá; circunstancias éstas que serán calificadas por el juez.

Vale decir, que el supuesto de la norma prevé que, la ocurrencia de un hecho futuro, como es el hecho de que habrá o podrá existir una futura vivienda, la afectada deja de serlo, en mi opinión no es lógico; de todas maneras el espíritu de la norma es similar al existente en los demás ordenamientos jurídicos, incluido el nuestro; es irrealizable la coexistencia de dos inmuebles al amparo de esta ley, como patrimonios separados.

2.- Cuando la autoridad competente decrete la expropiación del inmueble o el juez de ejecuciones fiscales declare la existencia de una obligación tributaria o contribución de *carácter público* el numeral 2 de esta norma que establece el levantamiento de la afectación se da por la expropiación, lo cual lógico, pues gravita circunstancia de eminente orden público. También se señala que puede ser objeto de medida por deudas de carácter tributario.

3.- Cuando judicialmente se suspenda o prive de la Patria *Potestad a uno de los cónyuges*. Debo señalar que no observo la bondad de la norma si el instituto primordialmente beneficia a los hijos.

4.- Cuando judicialmente se declare la ausencia de alguno *de los cónyuges*. Quizá este numeral es establecido por el pormenor de que el instituto, en lo relativo a su constitución extinción, entre otros, se cimienta sobre la actuación de los cónyuges.

5.- *Cuando civilmente se declara la incapacidad de los cónyuges*. Reproduzco mi comentario al numeral anterior *mutatis mutandi*.

6.- *Cuando se disuelva la comunidad conyugal por cualquiera de las causas previstas en la ley*. En tal sentido, también ello está establecido como modos de determinación del hogar en la legislación patria; cuando ésta establece como modalidad la muerte de los constituyentes, la separación de cuerpos y el divorcio.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 1338-1339.

7.- Por cualquier justo motivo apreciado por el Juez de Familia *para levantar la afectación*. Este ordinal nos determina que para estos asuntos el juez competente es el de familia, por lo cual, este instituto se inscribe en el derecho colombiano en el ámbito del Derecho de Familia.

La utilidad que confiere la *Afectación a Vivienda familiar* nos es revelada en el artículo 7 del texto citado, el cual prevé:

Los bienes inmuebles bajo afectación o vivienda familiar son inembargables, salvo los siguientes casos: 1) Cuando el bien inmueble se hubiera constituido hipoteca con anterioridad al registro de la afectación de vivienda familiar; 2) Cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar préstamos para la adquisición, construcción o mejora de la vivienda.²⁰

1.4 EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

El Código Civil Federal de los Estados Unidos Mexicanos establece el *Patrimonio de la Familia*.

El artículo 723 del aludido texto legal, prevé:

Son objeto del patrimonio de la familia, la casa de habitación de la familia: y en algunos casos, una parcela cultivable.²¹

El artículo 725 nos dice:

Tienen derecho de habitar la casa y de aprovechar los frutos de la parcela afecta al patrimonio de la familia, el cónyuge del que lo constituye y las personas a quienes tiene obligación de dar alimentos. Ese derecho es intransmisible, pero debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 740.²²

La institución del *patrimonio de la familia* en la República de México o en los Estados Unidos Mexicanos es más minuciosa, si se le compara con la

²⁰ *Ibidem*, 1341.

²¹ Código Civil Federal en Agenda Civil Federal, Ediciones Fiscales 3ª edición 2003 México., p. 91.

²² *Ídem*. El artículo 740 del considerado texto legal establece: *Constituido el patrimonio de la familia, ésta tiene obligación de habitar la casa y de cultivar la parcela. La primera autoridad municipal del lugar en que esté constituido el patrimonio puede, por justa causa, autorizar para que se dé en arrendamiento o aparcería, hasta por un año. Ibidem*, p. 93.

institución similar en el derecho colombiano y aun –como se verá– con la del hogar del derecho patrio.

El patrimonio de la familia es inalienable y no está sujeto a embargo ni gravamen alguno. (Artículo 727 CCFM).²³ Se observa que en el derecho mexicano no hay facultad alguna para disponer en alguna forma del dominio, lo que constituye una genuina limitante a las facultades de este derecho; en algunas legislaciones esta aptitud se encuentra influenciada, pues se puede constituir un gravamen para la mejora del bien afectado a vivienda familiar (Colombia); puede subsistir gravamen con anterioridad a la existencia del gravamen, entre otras; también este derecho tiene la peculiaridad fundamental de figuras o instituciones similares en otros derechos iberoamericanos, que no son embargables, lo que constituye el primer atisbo para considerarlo patrimonio separado.

Puede estar compuesto por una vivienda y una parcela cultivable, y de esta forma el legislador mexicano adiciona un elemento original para poder instaurar el *patrimonio de la familia* y es que el valor, bien sea de la vivienda y/o la parcela cultivada, no puede exceder de *la cantidad que resulte de multiplicar por 3650 el importe del salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, en la época en que se constituyó el patrimonio* (Artículo 730).²⁴ Es decir, le da un valor máximo al inmueble (unitario o global) que constituirá el “patrimonio separado”. El requisito del valor fue prescindido en la última reforma de nuestro Código Civil, (1982) tenía su significación que era que se determinaba el monto o valor del patrimonio separado, (el hogar) el cual para la época en que fue suprimido era la exigua cantidad de Cuarenta mil bolívares, (Bs. 40.000,00). Nadie duda que para aquel período y bajo la óptica económica de hoy, es a todas luces un monto nimio, pero tenía su especial alcance, el cual era que determinaba el valor del patrimonio separado. El Código Civil venezolano vigente ha debido fijar criterios de valoración acorde con las condiciones del momento. En mi concepto instituir como hogar una parte significativa del patrimonio del deudor constituyente, muchas veces se hace para evitar la acción de los acreedores, máxime si es una parte significativa de los haberes del constituyente, tal hecho puede dar origen a la oposición de la constitución del hogar, como lo explicare más adelante; además de atentar contra el espíritu teleológico-filosófico de la institución, la cual radica en asegurar los avatares o eventualidades del patrimonio con relación al futuro.

²³ *Ibidem*, p. 89.

²⁴ *Ibidem*, p. 91.

También se observa que no es una institución cerrada para que el inmueble y la parcela sólo sea habitada y cultivada por los que son beneficiarios del mismo, sino también se puede por justa causa –a criterio de la primera autoridad municipal– celebrarse sobre el objeto del *patrimonio de familia* contratos de locación o aparcería que no exceda de un año. Lo anterior viene a significar que es posible la disposición del bien objeto, sobre todo si se trata de un inmueble rural de alquilarlo o someterlo a contrato de aparcería, lo cual no es más que una disposición supervisada.

El gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, quizá con el espíritu de la Revolución Mexicana, concretado en su Constitución, llamada de Querétaro (1917) y a esa propensión al asunto social, en esta materia trata de propender a la constitución de *Patrimonio de la Familia*. En efecto, el artículo 735 del Código Civil Federal, establece:

Con el objeto de favorecer la formación del Patrimonio de la Familia, se venderán a las personas que tengan capacidad legal para constituirlo y que quieran hacerlo, las propiedades raíces que a continuación se expresan: i) Los terrenos pertenecientes al Gobierno Federal, o al Gobierno del Distrito Federal que no estén destinados a un servicio público ni sean de uso común; ii) Los terrenos que el Gobierno adquiera por expropiación... iii) Los terrenos que el Gobierno adquiera para dedicarlos a la formación del patrimonio de las familias que cuenten con pocos recursos.²⁵

Como pormenor indiscreto debo indicar que para constituir el *bien de la familia*, entre sus requisitos se encuentra el de tener la nacionalidad mexicana, lo cual hace honor al arrebato del mexicano con relación a su nacionalismo.

1.5 EN EL DERECHO DEL REINO DE ESPAÑA

El Código Civil del Reino de España en su artículo 1.320 prevé:

Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual de la familia y los muebles de uso ordinario de la misma, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso autorización judicial.²⁶

²⁵ *Ibidem*, p. 92.

²⁶ *Código Civil y Jurisprudencia Concordada*. Oscar Moreno Gil, Boletín Oficial del Estado Madrid 2002, p. 1.479.

A la luz del derecho comparado, *la vivienda habitual de la familia* no se puede encuadrar como un patrimonio separado, con alguna relación de conexión con las instituciones expuestas antes. Es quizá el concepto de *vivienda habitual de la familia* del derecho español que se presenta en el ámbito del derecho de familia para la protección jurídica de la misma, en el supuesto de régimen normal de la familia y en las situaciones de crisis de ésta; el, ¿Por qué de la norma es atender la exigencia de alojamiento de la familia?

Además advertimos en la norma de derecho español antes referida que no se alude al dominio, sino que se establece “derechos”, lo que podría interpretarse como que la vivienda habitual puede estar constituida propiedad de los cónyuges o de uno de ellos, pero también podría devenir su ocupación de otro tipo o clase de derechos que sí lo permitan, tales como: usufructo, comodato o locación, entre otros. La *vivienda habitual de la familia* para el derecho español no está exenta de medidas cautelares, aunque el juez puede permitir su utilización o cese de la cautela por un tiempo necesario, sin perjudicar derechos de terceros.

En abono a esta idea existe una Sentencia del Tribunal Supremo español de 25/5/1990 que establece:

El texto del artículo 1.320 tiene como presupuesto de aplicación que existan derechos sobre la vivienda y que se disponga de éstos, y ninguno de los requisitos concurre en el caso de autos. Una vivienda conyugal puede pertenecer a los cónyuges, a uno solo o a extraños y se puede utilizar por propio derecho o como consecuencia de contratos de arrendamiento o de otro tipo cuyo contenido lo autorice, pero también puede constituirse la vivienda familiar en precario o por mera tolerancia de sus titulares.²⁷

En mi concepto, el hecho de que exista la *vivienda habitual de la familia* viene fijada por el superior interés de los menores dentro de la unión matrimonial, aspecto éste muypreciado dentro de los parámetros del derecho de familia, el cual corresponderá realizar con perseverancia al juez de familia o menores; esta institución tiene mayor consistencia si se encuentra constituido sobre un inmueble propiedad de los cónyuges, sobre otro que no lo sea, pero en todo caso para la instauración o para la cesación de la figura debe terciar autorización del magistrado.

²⁷ Código Civil y Jurisprudencia... Ob. Cit., 1.481.

1.6 EN EL DERECHO PERUANO

El Código civil de la República del Perú, en su artículo 489 prevé:

Puede ser objeto del patrimonio familiar:

- 1.- La casa de habitación de la familia.
- 2.- Un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio.

El patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios.²⁸

El artículo 488 del Código Civil peruano, señala que: *El patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia.*²⁹

Del examen de las normas antes referidas puedo advertir que este *patrimonio familiar* es un caudal separado de la masa patrimonial global con atributos que la asemejan a los diversos institutos que se han tratado de las diversas legislaciones, excepto la española. Con relación a la hipótesis de su inembargabilidad, el artículo 492 del mismo texto legal y con relación a los predios, la mengua señalando que los frutos podrían ser embargados hasta las dos terceras partes por deudas provenientes de condenas penales, tributos relativos al bien y/o pensiones alimenticias. Podría advertirse que este *patrimonio familiar* tiene una doble finalidad: **En primer término:** Si se establece en una casa-habitación en donde se encuentra instalado el núcleo doméstico, protege la morada o el hábitat de la familia, incluso señala el artículo 491 del Código civil peruano, lo siguiente: *Los bienes del patrimonio familiar pueden ser arrendados sólo en situaciones de urgente necesidad y con autorización del juez.*³⁰ **En segundo término:** Se comprueba por la segunda modalidad de constitución del *patrimonio familiar* sobre predios destinados a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio; el legislador peruano, según mi creencia, lo que trata de proteger es el centro de trabajo que puede estar constituido por una cualesquiera de las explotaciones antes referidas, las cuales son de un múltiple y heterogéneo espectro, la protección en este caso es en aras de procurar el sostén o mantenimiento de la familia. El patrimonio en esa legislación trata de procurar techo para guarecerse y una

²⁸ Zavaleta Carruitero, Wildever. *Código Civil*, Tomo I, Editorial Rhodas, 2002, Perú p. 641.

²⁹ *Idem*.

³⁰ *Ibidem*, p. 640

fuelle de sostenimiento para el grupo familiar. Es de advertir que se pueden constituir uno cualesquiera de los dos más no ambos conjuntamente.

No señala la ley común peruana, ¿Cuál sería la extensión del predio? En este caso, debe aplicarse el artículo 489 de su Código civil que prevé: *El patrimonio no puede exceder de lo necesario para la habitación o el sustento de la familia*.³¹ Sin adentrarnos por desconocimiento del ordenamiento jurídico peruano, la restricción debe hacerla el juez que tiene competencia para la constitución del instituto. Me quedaría referir una de las formas originales de extinción del *patrimonio familiar* que es: *Cuando sin autorización del Juez, los beneficiarios dejen de habitar en la vivienda o de trabajar el predio durante un año continuo (numeral 2 artículo 499 CCP)*.³²

Esta forma de protección a la familia establecida en el Derecho común peruano es merecedora de estudiarse con esmero, si se piensa en una reforma de nuestra más que centenaria institución del *hogar*, sin dejar atrás el análisis de las legislaciones de Brasil y México, en esto poco contribuye la Madre Patria.

Con todo lo antes presentado he tratado de poner en ‘evidencia’ la proyección mundial del Homestead americano, mediante el cual se le concedía a los colonos 320 acres y se le exigía la residencia, con garantía de ser inembargable para dar refugio al grupo familiar y el cual según el autor Zavaleta es conocido de diversos modos: *Fundación Familiar, Asilo de Familia, Casa Barata, Stammgüter* (Alemania).³³

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL HOGAR

La doctrina de nuestro país ha indicado:

De suerte que el hogar consiste en un derecho real, de carácter exclusivo, de los cuales fue el más notable en los Códigos del 96 (1896) y del 04 (1904), la posibilidad de que incluyera el traspaso de la propiedad a los beneficiarios.³⁴ (Paréntesis mío).

³¹ *Ídem*.

³² *Ídem*.

³³ Zavaleta Código Civil (Peruano) *Ob. Cit.*, 642.

³⁴ Bastidas, Luis I. *Comentarios y Reparos al Proyecto del Código Civil*, tomo II, Editorial Bolívar, Caracas 1942 p. 126.

Es más, se ha sostenido que puede enmarcarse en una limitación para el propietario del *jus fruendi* y *jus abutendi* porque la finca, aun no saliendo del poder del domino, no puede ser arrendada por el propietario, ni menos constituir derechos reales limitados como el usufructo, uso o habitación; pero por la relación entre predios, “predialidad” o relación de inherencia,³⁵ que es característica de la servidumbre, ésta sí se puede constituir sobre un inmueble instaurado como hogar.

Algunos autores señalan que el derecho que obtienen los beneficiarios del hogar es el derecho real de habitación. Existe con concordancia a ello una sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 30 de noviembre de 1928, la cual establece:

El beneficio del hogar no confiere al beneficiario el derecho de propiedad sobre el inmueble constituido en tal, salvo expresa declaración en contrario, sino el derecho real de habitación, que es una desmembración de la propiedad y el beneficiario no puede, por tanto, con semejante carácter, ejercer la acción reivindicatoria, sino la confesoria y algunas de las posesorias.³⁶

Del fallo copiado me surgen unas vacilaciones, las cuales son: i) *¿Cuál potestad surge de la constitución del hogar, a la luz de la teoría general de los derechos reales?* Ninguna, la facultades que tiene el titular del dominio se mantienen en gran parte de modo incólume, pues no puede ejercer actos de disposición sobre él, opera de pleno derecho una inhabilidad para enajenar el inmueble en donde está ‘establecido’, entre otras; ii) *¿Se puede señalar que se crea el derecho real de habitación con el establecimiento del hogar?* En ninguna de las normas que reglamentan el hogar, en nuestro Código Civil, se hace mención a la palabra “habitación,” lo que no es menos cierto que, el principio de la institución es amparar de las eventualidades del patrimonio a una vivienda en que vivan el constituyente y la generalidad de los beneficiarios. Adicionalmente para constituir el derecho de habitación, éste debe ser registrado en conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 1920 *ejusdem*; iii) *¿Comparto el criterio*

³⁵ *La inherencia, entendida como compenetración entre fundos, hasta el punto de considerar la servidumbre como un estado de los fundos* Biondo Biondi Las Servidumbres. (Traducción Española), Editorial Edersa, 1978, Madrid, p. 189.

³⁶ Sent. CSJ 30/11/28, En *Código Civil de Venezuela*, concordado por Oscar Lazo. Ediciones Legis, 2ª edición 1962, p. 409.

del fallo referido? En lo atinente a que los beneficiarios pueden intentar la acción confesoria, para proporcionar la declaración jurisdiccional de su derechos; que ellos pueden intentar acciones posesorias e interdictos prohibitivos, con exclusión del de amparo por la condición de poseedor legítimo del legitimado activo, pero se me plantea la duda de que no puedan ser legitimados *ad causam*, en una reivindicación, si se piensa que su derecho es vitalicio (finaliza cuando haya fallecido el último de los beneficiarios) y si se extingue el derecho del constituyente, el del beneficiario correrá la misma contingencia, de allí que es aplicable el aforismo latino: *Aequitas praevalet stricto juri* –La equidad prevalece sobre el Derecho estricto–. Debo añadir que, cuando determino que el derecho de los beneficiarios es vitalicio, me refiero al supuesto normal, no a los supuestos de los artículos 642 y 643, ambos del Código Civil.

Ahora bien, lo antes señalado en mi parecer delimita la naturaleza jurídica del hogar, acerca de que si es derecho real u otra institución o figura jurídica, es la ley, en específico el Código Civil en su artículo 632, el cual prevé:

Puede una persona constituir un hogar para sí y su familia, excluido absolutamente de su patrimonio y de la prenda común de sus acreedores.

La regla antes reseñada nos indica que en nuestro derecho la figura del hogar es un patrimonio separado que queda exento de la responsabilidad común de los deudores frente a sus acreedores.

Podría afirmarse que el inmueble que se constituye en hogar se le transforma el derecho de propiedad en un derecho atípico de propiedad, toda vez, que el dominio pierde atributos fundamentales, no en virtud de la existencia de derechos reales menores sobre él, sino por imperio de la institución que en él recae, se merma la facultad de disposición (vender, constituir derechos limitados sobre el inmueble, o imponerle gravámenes) El dominio reasumirá todas sus facultades cuando deje de existir la última persona que hubiese sido constituida como favorecido del hogar.

3. EL OBJETO

El artículo 635 del Código Civil nos señala qué bienes pueden ser objeto de constitución de hogar. En tal sentido, la norma prevé:

El hogar puede ser una casa en poblado o fuera de él, o una casa con tierras de labor o cría, siempre que esté destinada a vivienda principal de la familia.

Esta norma, en mi juicio, presenta ciertos inconvenientes:

i) El hogar, bien sea casa sola o casa con tierras de labor y cría, está condicionado a que sea vivienda principal de la familia. En otras legislaciones como la peruana, la mexicana (*supra*) el instituto similar al nuestro puede servir de vivienda familiar, pero al tratarse de tierras para la agricultura, algunas veces lo extienden para abarcar tierras dedicadas a la artesanía, a la industria, al comercio. Tal situación es desde todo punto de vista positiva, pues el instituto a exclusión de su inembargabilidad tiene como finalidad última la protección de la familia, en algunos casos para la protección del alojamiento de la familia y en otras para que las tierras con muy distinto uso puedan servir al sostén o sustento de la familia, que es también un propósito de resguardo del núcleo familiar.

ii) En el vigente Código Civil de 1982, el hogar fue modificado con respecto al parcialmente derogado Código Civil de 1942. En el de 1942 al hogar se le determinó como patrimonio separado un monto hasta por el cual podría ser constituido y así saber cuál era la masa del patrimonio de una persona, exceptuada de la prenda común de los acreedores.

Los proyectistas del Código Civil de 1942 establecieron:

Además de aquellas modificaciones tendientes a garantizar y estabilizar la constitución de hogares y los derechos de los acreedores, etc., y **la determinación del máximo del valor “hogar” atendiendo no a la situación del inmueble, sino al hecho de que se sustrae del patrimonio del constituyente un determinado valor...**³⁷

En el código vigente no se exige un valor al inmueble que se constituirá en hogar, pero sí se exige una pericia valorativa del mismo; ello es una diligencia formal dentro de la secuela del procedimiento, pues *ope lege*, el inmueble no puede dejar de ser constituido como patrimonio separado en razón de su valor. Ahora bien, el resultado de la experticia verificada en el procedimiento nos da el valor del bien separado del patrimonio del constituyente.

iii) En la norma que prevé el objeto del hogar (Artículo 635 del Código Civil), no se manifiesta cuál es la extensión de las tierras de labor y cría que integra-

³⁷ *Exposición de Motivos y Proyecto del Código Civil*. Ministerio de Relaciones Interiores. Comisión Codificadora Nacional. Imprenta Nacional. Caracas 1941, p. 61.

das a la casa rural se constituirá en hogar, pero sí el fin de ellas “*destinadas a vivienda principal de la familia*”, con eso expresamente excluye aquellas destinadas al sostén de la familia. Este instituto debe delimitarse en el ámbito de dos ramas del Derecho Civil: una, la de los derechos reales (Bienes, Cosas y Derechos Reales) por el objeto sobre el cual recae, y la otra, el derecho de familia por el amparo que para el núcleo familiar simboliza.

Sería conveniente que en una futura reforma del Código Civil se le diera más importancia a esta institución y se estableciera que si ésta se constituye en núcleo urbano, debe ser una casa comprendida en este término, una vivienda unifamiliar o construida en una parcela con ese uso y los apartamentos objeto de la Ley de Propiedad Horizontal; y si es en zona rural, que pueda comprender una casa con tierras dedicadas no sólo a la labor agrícola y la cría, sino a la pequeña industria, artesanía y/o comercio en pequeña escala; con ello se logrará a cabalidad que el instituto cumpla a plenitud su fin social: el desarrollo en armonía y con tranquilidad de la familia.

Debo indicar que aunque el Código Civil con relación al objeto no señaló que puede constituirse “hogar” sobre apartamentos sujetos a la Ley de Propiedad Horizontal, nada lo impide y se constituye, pues son “casas” y nadie titubea en pensar que en muchas de ellas se albergan las familias de los lugares más densamente habitados de nuestro país.

En cualquier futura reforma del Código Civil debe examinarse también lo relativo al valor económico de objeto del hogar, pues nada impide que un deudor constituya como tal el inmueble que conforma su mayor activo para excluirlo de sus acreedores, y ello quizá es valedero; pero en virtud de que la ley no indica la medida de las tierras de labor o cría, puede existir un latifundista que decida constituir una formidable extensión de tierra en “hogar” y ello desnaturaliza el ánimo de esta figura jurídica.

4. CONSTITUCIÓN DEL HOGAR

4.1 ASPECTOS GENERALES

i) Una persona puede constituir hogar para sí y para su familia; no podrá constituir más de un hogar (Artículo 634 Código Civil) y si constituyere más de uno, se concibe esto dentro del ámbito de la donación. Su instauración no implica que el constituyente con relación al dominio efectúe una disposición del bien, objeto del hogar, pues el mismo detenta la propiedad, pero componiendo un patrimonio exento de la prenda común de sus acreedores.

ii) Para poder constituir el hogar se requiere ser propietario del bien-objeto. Esto se deduce del Código Civil, (Artículo 637, primer aparte) cuando el solicitante del procedimiento sólo deberá acompañar copia certificada del documento de propiedad. En la norma, nada se señala con respecto a otro título instrumental que pruebe derecho distinto al dominio.

iii) En el hogar, se restituye el dominio del inmueble objeto al patrimonio del constituyente o al de sus herederos, cuando hubiese fallecido el último de los beneficiarios, a menos que él o los constituyentes lo hubiesen traspasado a la persona o personas en cuyo favor se constituyó el hogar. (Artículo 641 del Código Civil) La norma citada establece la factibilidad de enajenación limitada del inmueble constituido en hogar entre él o los constituyentes y los beneficiarios, pero nada dice sobre el procedimiento a seguir para tal fin.

iv) En materia de divorcio y de separación de cuerpos, es necesario tener presente la normativa. (Artículo 642 del Código Civil).

La norma anotada engloba los siguientes supuestos:

a) En caso de *divorcio y de separación judicial de cuerpos*, conservará el derecho al hogar aquel a quien se atribuya la guarda. En mi criterio, la separación judicial a la que se alude en el encabezado de la norma es la que se obtiene tras un procedimiento contencioso de separación de cuerpos que concluye en un auto decisorio que no extingue el vínculo matrimonial. La norma en comentario aplica para el procedimiento de separación contenciosa de cuerpos y para el divorcio, pero no para la separación de cuerpos por mutuo consentimiento.

b) En el supuesto de divorcio o separación judicial de cuerpos, cuando no hubiese hijos pero sí descendientes, y el hogar hubiese sido constituido a favor de ellos, le corresponderá el derecho al hogar. (Artículo 642, primer aparte del Código Civil) Este primer aparte del artículo en comentario alude también a la separación contenciosa de cuerpos.

c) En los casos de separación de cuerpos por mutuo consentimiento, convertido en divorcio, los interesados decidirán lo relativo al hogar en el escrito-solicitud de separación de cuerpos y de bienes, sin perjuicio de los demás beneficiarios (Artículo 642, segundo aparte.) Si no hubiese acuerdo, será el juez quien decida. En caso de nulidad de matrimonio, procede lo establecido en el artículo 127 del Código Civil con respecto al que contrajo matrimonio de buena o de mala fe.

v) El beneficiario que tenga mala conducta perderá su derecho. (Artículo 643 del Código Civil) Aquí cabe preguntar: ¿Cuáles actos de mala conducta y contra quién deben ir dirigidos? Para suponer la pérdida del beneficio del hogar, el beneficiario o los beneficiarios realizan contra el constituyente o constituyentes actos de mala conducta. En todo caso, corresponderá al juez determinar: ¿Qué considera acto de mala conducta?

4.2 PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN

4.2.1 Solicitud dirigida al Juez de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito, que conoce de asuntos de Derecho de Familia, en aquellos casos en que no estén involucrados niños y adolescentes. En caso de que la solicitud de hogar beneficie a niños, la misma se presentará mediante escrito-solicitud por ante una de las Salas (específicamente la Distribuidora) del Tribunal de Protección al Niño y del Adolescente de la respectiva Circunscripción Judicial.

4.2.2 ¿Qué debe contener la solicitud?

- a) Nombre e identificación del solicitante o de los solicitantes.
- b) Identificación del inmueble con la determinación de áreas, linderos y demás circunstancias que sirvan para establecerlo a cabalidad.
- c) Personas a cuyo favor se constituye el hogar.
- d) Deberá acompañarse como instrumentos fundamentales el título de propiedad y una certificación de gravámenes sobre los últimos veinte años, para determinar como prueba anticipada que no existe gravámenes sobre el inmueble que se pretende establecer en hogar (Artículo 637 Código Civil.).

4.2.3 ¿Cómo continúa la secuela del procedimiento?

Luego de presentada la solicitud, prosigue el procedimiento de la siguiente manera:

- a) Designación de tres peritos para valorar el inmueble (Artículo 638 Código Civil): uno designado por el solicitante, el otro designado por el juez y el tercero designado de común acuerdo por los otros dos peritos; si no hubiere acuerdo entre ellos lo escogerá el juez. El solicitante puede aceptar que la designación sea de un solo perito nombrado por el juez.
- b) Publicación por carteles de la solicitud por un período de 90 días, una vez cada 15 días; dicha publicación se hará en un periódico de la localidad y si no

existiese, en el de la población más cercana. En la práctica forense la publicación se realiza usualmente en un periódico de circulación nacional.

c) Transcurridos los noventa días y cumplidas como hayan sido las formalidades de los artículos 637 y 638 del Código Civil, el juez decretará el hogar sobre el inmueble propuesto en la solicitud. En caso de que exista oposición a la declaratoria de hogar, la misma se resolverá por los trámites del juicio ordinario.

d) Luego de la decisión sobre la constitución de hogar, el juez ordenará que se protocolice por ante la Oficina Subalterna de Registro, se publique por lo menos tres veces y se anote en el Registro de Comercio de la localidad.

5. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE HOGAR

La declaración de hogar produce que el inmueble investido como tal sea separado del patrimonio, según lo prevé el artículo 639 del Código Civil. Esta declaratoria hace que no pueda ser embargado por ninguna causa. Es obvio pensar que la medida cautelar impracticable sea la ejecutiva, pues la preventiva, por su naturaleza, es inejecutable sobre bienes inmuebles; tampoco podrá ejercitarse la medida preventiva cautelar usual para bienes inmuebles: la prohibición de enajenar y gravar.

No puede establecerse ningún otro derecho real limitado, con excepción, como antes señalamos, de la servidumbre que no atenta contra el fin de protección social del instituto. Las servidumbres se constituyen en razón de la necesidad de utilización de un fundo con respecto a otro.

Sobre el hogar no pueden realizarse contratos que permitan la utilización del inmueble objeto por terceros, tales como arrendamiento, comodato. No puede el hogar ni enajenarse, ni gravarse.

Debemos determinar que el mobiliario contenido en el inmueble declarado hogar no lo abarca la declaratoria de patrimonio separado de éste, por tanto, sí pueden ser objeto de medidas preventivas o definitivas.

6. EXTINCIÓN O FINALIZACIÓN DEL HOGAR

El hogar se extingue:

1.- Por la enajenación o gravamen realizado con la autorización del juez, oído a los interesados. En este caso debe comprobarse la necesidad extrema (Artículo 640 Código Civil.)

La desafectación del hogar que permite su enajenación o la constitución de gravamen sobre el mismo sólo será permitida por el juez en el caso de comprobarse la necesidad extrema; uno de estos supuestos podría ser una grave enfermedad que padezca el constituyente o alguno de los beneficiarios y que dada su magnitud no pueda ser afrontado económicamente por sus parientes (co-beneficiarios o el constituyente) y pudiendo sólo enfrentar tal suceso con la constitución de un gravamen o venta del inmueble investido como hogar.

2.- Se extingue también el hogar en el caso de divorcio y/o separación judicial de cuerpos contenciosa o por mutuo consentimiento, a lo que se refiere el artículo 642 del Código Civil, circunstancias éstas advertidas en este texto. (4.1. IV)

3.- Por la pérdida del beneficio del hogar a lo que se contrae el artículo 643 del Código Civil, también explicado en este escrito (4.1.V)

Con este nimio y sencillo ensayo he tratado de enaltecer la memoria del eminente jurista, doctor Gert Kummerow. Para mí, en la actividad de profesor de Civil II, es de ineludible manejo y ‘de guía’ su aventajado Manual, Compendio de Bienes y Derechos Reales, un libro de éste con dedicatoria afectuosa, lo guarezco con gran esmero en mi rinconera. La jerarquía de gran civilista del maestro no tiene parangón, he ahí sus múltiples libros, trabajos y ensayos. El Supremo lo guarde en la Gloria, que aquí, lo tenemos en la memoria. Se terminó en La Cuadra, el 09 de agosto de 2004.

De la facultad de los municipios para afectar la propiedad privada: Intereses públicos vs intereses privados

Ricardo BARONI UZCÁTEGUI*

SUMARIO:

Introducción

1. De las competencias que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela otorga a los municipios en materia urbanística.
2. De las competencias que las leyes otorgan a los municipios en materia urbanística.
3. Del ejercicio por parte de los municipios de las competencias que la Constitución y la ley les otorgan en materia urbanística y su incidencia sobre el derecho de propiedad privada.
4. Limitaciones de la propiedad privada derivadas de la planificación y el urbanismo, con especial referencia a los artículos 108 y 64 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y Ley Orgánica de Ordenación Territorial, respectivamente.

Conclusiones

* **Universidad Santa María**, Abogado, Profesor de Pregrado y Postgrado (Caracas y San Cristóbal). **Universidad José María Vargas**, Especialista en Derecho Administrativo, *Summa Cum Laude*. Conferencista invitado y autor de varios artículos jurídicos publicados en revistas especializadas y arbitradas. Ejerce libremente su profesión.

INTRODUCCIÓN

Los municipios a través de sus respectivas Ordenanzas de Zonificación, a cada parcela de terreno de propiedad privada le asignan un uso determinado: residencial, comercial, industrial, de servicios, recreación y de vías de comunicación. Las Ordenanzas de Zonificación están siempre acompañadas de un plano donde aparecen los diversos inmuebles, parcelas o lotes de terreno, cada uno con el uso urbanístico asignado.

Para atender al correcto desarrollo del urbanismo, en esos planos se destinan sectores para usos recreacionales o deportivos, asistenciales, educacionales o para cualquier otro uso público, afectaciones éstas que con gran frecuencia recaen sobre áreas de propiedad privada.

Así, la puesta en marcha de los planes urbanísticos y ejecución de obras por parte de los municipios implica entonces la atención a los problemas legales que se suscitan como consecuencia de la afectación de intereses privados para satisfacer las necesidades de la colectividad. Las áreas o zonas que en los planos de zonificación se señalan como afectadas para usos públicos, constituyen verdaderas afectaciones, es decir, limitaciones y restricciones que el legislador municipal impone al derecho de propiedad de los particulares a los fines de garantizar la función social de la misma, la cual se manifiesta en la satisfacción de los intereses colectivos o generales con fines de utilidad pública y social, todo esto de conformidad con el artículo 115 de la Constitución de la República y 545 del Código Civil, según el cual la propiedad es el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva, pero con las limitaciones y restricciones establecidas en la Ley.

Esta situación, derivada de la aplicación de las Ordenanzas de Zonificación, plantea un primer problema que debe ser resuelto mediante un exhaustivo análisis e interpretación de la legislación y la jurisprudencia, porque, evidentemente afecta y limita el derecho de propiedad de los particulares en aras de un armonioso desarrollo urbanístico que satisfaga los intereses colectivos.

Por otra parte, la figura jurídica de las afectaciones a inmuebles de propiedad particular para usos públicos establecidas en las ordenanzas de zonificación, las cuales constituyen verdaderas limitaciones y cargas al derecho de propiedad de los particulares, a los fines de un armonioso y ordenado desarrollo urbanístico, coloca a los concejos municipales, en virtud de las atribuciones que a tal efecto les otorgan la Constitución y demás leyes, en una posición de verdaderos árbitros entre la pugna de ambos intereses: los particulares y los colectivos.

Todas las consideraciones anteriores conducen a concretar el planteamiento del problema en las siguientes interrogantes:

- 1.- ¿Cuál es la incidencia de tales afectaciones en el derecho de propiedad de los particulares?
- 2.- ¿Qué criterios legales deben seguir los concejos municipales a los fines de mantener o no las afectaciones?
- 3.- ¿Implican las afectaciones a la propiedad privada el pago de indemnización a los particulares?

Con base en lo dicho hasta los momentos, el presente estudio tiene por objeto dar respuesta a las referidas interrogantes.

1. DE LAS COMPETENCIAS QUE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA OTORGA A LOS MUNICIPIOS EN MATERIA URBANÍSTICA

Dispone el artículo 168 de la Constitución que los municipios constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de la Constitución y la ley.

Esa norma señala con precisión cuáles son los aspectos que quedan enmarcados dentro de la autonomía municipal, siendo esos aspectos: 1) La elección de sus autoridades; 2) La gestión de las materias de su competencia; y 3) La creación, recaudación e inversión de sus ingresos.

Así, entre las materias de la competencia de los municipios, se encuentra comprendida, la ordenación territorial y urbanística, según lo dispone el numeral 1 del artículo 178 de nuestra Carta Magna, teniendo los concejos municipales la competencia originaria para legislar localmente en materia urbanística, mediante la sanción de ordenanzas municipales, tal como lo dispone el artículo 175 *eiusdem*.

Vemos así, que los municipios, sin lugar a ningún tipo de dudas, ostentan plena autonomía en el campo del ordenamiento urbano.

Debemos resaltar, finalmente, que la competencia que poseen los municipios en materia urbanística, es de las llamadas competencias concurrentes, ya que las mismas son ejercidas de manera conjunta entre los municipios y el Poder Público Nacional, tal como se desprende del numeral 19 del artículo 156 de la Constitución, la cual dispone que es competencia del Poder Públi-

co Nacional, el establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo, y la legislación sobre ordenación urbanística.

2. DE LAS COMPETENCIAS QUE LAS LEYES OTORGAN A LOS MUNICIPIOS EN MATERIA URBANÍSTICA

El artículo 36 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (LORM), dispone en su numeral 3, que son de la competencia propia del Municipio, entre otras, elaborar y aprobar los planes de desarrollo urbano local, formulados de acuerdo con las normas y procedimientos técnicos establecidos por el Ejecutivo Nacional. Igualmente, velará porque los planes nacionales y regionales de ordenación del territorio y ordenación urbanística se cumplan en su ámbito.

Por su parte, el artículo 74 *eiusdem*, numeral 8 dispone que corresponde al Alcalde, como jefe de la rama ejecutiva del Municipio, elaborar y disponer la ejecución de los planes de desarrollo urbano local, sancionados por el Concejo o Cabildo. Y el artículo 76 de la LORM expresa en su numeral 6 que son facultades de los concejos y cabildos, sancionar los planes de desarrollo urbanístico, los cuales alcanzan su materialización legal con la sanción y promulgación de las respectivas Ordenanzas de Zonificación.

Finalmente, la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística (LOOU), la cual tiene por objeto la ordenación del desarrollo urbanístico en todo el territorio nacional con el fin de procurar el crecimiento armónico de los centros poblados, dispone en su artículo 6 que las autoridades urbanísticas son el Ejecutivo Nacional y los municipios, cada una dentro de las esferas de su competencia.

En ese sentido, el artículo 7 de la LOOU dispone que la competencia urbanística del Ejecutivo Nacional y los municipios se ejercerá coordinadamente para el logro de los objetivos de esa Ley.

El artículo 10 de la LOOU establece con gran amplitud cuáles son las competencias de los municipios en materia urbanística, al disponer lo siguiente:

Artículo 10.- Es de la competencia de los municipios en materia urbanística:

1.- Elaborar y aprobar los planes de desarrollo urbano local. A tal efecto, los concejos crearán los organismos técnicos competentes y solicitarán la cooperación de los demás órganos con competencia urbanística.

2.- Velar para que los planes nacionales y regionales de ordenación del territorio y de ordenación urbanística se cumplan en su ámbito.

3.- Dictar las ordenanzas necesarias para la ejecución, control y gestión de los planes en materia de zonificación, régimen de arquitectura, ingeniería y construcciones y, en general, sobre cualesquiera otras materias urbanísticas de carácter local, con sujeción a las leyes, reglamentos y planes nacionales.

4.- Elaborar los planes de ordenación urbanística cuando el Ejecutivo Nacional delegue en ellos esta atribución.

5.- Estimular la participación de las comunidades organizadas y de la ciudadanía en general en la elaboración y ejecución de los planes.

6.- Constituir patrimonios públicos de suelos, a los fines de la ordenación urbanística.

7.- Ejercer todas las demás facultades urbanísticas propias del ámbito local que no estén expresamente atribuidas por la ley a otro organismo". (Destacados del autor).

Por su parte, el artículo 11 de la LOOU dispone que las correspondientes ordenanzas municipales determinarán los órganos de planeamiento, gestión y ejecución urbanística.

De lo expuesto hasta los momentos se observa que los municipios poseen plena competencia para elaborar, aprobar y ejecutar los Planes de Desarrollo Urbano Local y para dictar las ordenanzas necesarias para la ejecución, control y gestión de los planes en materia de zonificación, siendo precisamente esas ordenanzas mediante las cuales los municipios, por órgano de los concejos municipales, afectan la propiedad privada.

3. DEL EJERCICIO POR PARTE DE LOS MUNICIPIOS DE LAS COMPETENCIAS QUE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY LES OTORGAN EN MATERIA URBANÍSTICA Y SU INCIDENCIA SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA

Como es del conocimiento general, la propiedad es uno de los derechos que la Constitución garantiza a toda persona, pero en virtud de la función social que la propiedad cumple, la misma está sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general.

Una de las formas en que los municipios pueden incidir en el derecho de propiedad de los particulares es mediante la elaboración y ejecución de los respectivos Planes de Desarrollo Urbano Local, los cuales se convierten en leyes locales, una vez que el Concejo Municipal procede a sancionar la respectiva Ordenanza de Zonificación, la cual tiene su soporte técnico en el Plan de Desarrollo Urbano Local (PDUL), ya que es precisamente a través de estos planes y ordenanzas que los municipios definen el uso y destino al cual estará sometida la propiedad urbana.

Así, el artículo 34 de la LOOU dispone cuál es el contenido del PDUL, en los siguientes términos:

Artículo 34.- Los planes de desarrollo urbano local se elaborarán teniendo en cuenta las directrices y determinantes establecidas en los planes de ordenación urbanística, y contendrán:

- 1.- La definición detallada del desarrollo urbano, en términos de población, base económica, extensión del área urbana y control del medio ambiente.
- 2.- La clasificación del suelo, a los efectos de determinar el régimen urbanístico aplicable y permitir la elaboración de planes especiales.**
- 3.- La delimitación de espacios libres y áreas verdes destinadas a parques y jardines públicos, y a zonas recreacionales y de expansión.**
- 4.- La localización para edificaciones y servicios públicos o colectivos.
- 5.- El trazado y características de la red vial arterial y colectora, definición del sistema de transporte urbano y organización de las rutas del mismo.
- 6.- El trazado y características de la red de dotación de agua potable, cloacas y drenajes urbanos en la secuencia de incorporación recomendada.
- 7.- El señalamiento preciso de las áreas para los equipamientos de orden general e intermedios requeridos por las normas correspondientes y para las instalaciones consideradas de alta peligrosidad, delimitando su respectiva franja de seguridad.

8.- La identificación de las áreas de desarrollo urbano no controlado, con indicación de las características a corregir con el fin de incorporarlas a la estructura urbana.

9.- El establecimiento de las áreas que deberán desarrollarse mediante la modalidad de urbanización progresiva.

10.- **La regulación detallada de los usos del suelo** y delimitación de las zonas en que se divide el área del plan en razón de aquéllos y, si fuere el caso, la organización de la misma en perímetros o unidades de actuación.

11.- La programación por etapas de la ejecución del plan, con indicación precisa de las zonas de acción prioritaria, del costo de implantación de los servicios o de la realización de las obras urbanísticas, así como las fuentes de financiamiento.

12.- **La identificación de los terrenos de propiedad privada que resultarán afectados por la ejecución del plan, indicando plazo para la expropiación y disponibilidad de recursos para implantar el servicio o realizar la obra.**

13.- Los demás aspectos técnicos o administrativos que el Concejo Municipal considere pertinentes”. (Destacados del autor).

Se observa así que los municipios, mediante la aprobación del PDUL, están plenamente facultados para incidir en el derecho de propiedad urbano, de tres maneras fundamentales, a saber:

- Mediante la clasificación del suelo, a los efectos de determinar el régimen urbanístico aplicable.
- Mediante la delimitación de espacios libres y áreas verdes destinadas a parques y jardines públicos, y a zonas recreacionales y de expansión.
- Mediante la identificación de los terrenos de propiedad privada que resultarán afectados por la ejecución del plan.

Por supuesto que la responsabilidad para la elaboración de los esquemas de ordenamiento urbano corresponde al Concejo Municipal respectivo, tal como lo dispone el artículo 36 de la LOOU. Y el artículo 38 *eiusdem* dispone que los planes de desarrollo urbano local serán elaborados por el organismo municipal

de planificación o, en su defecto, por quien designe el Concejo Municipal. Una vez elaborado el proyecto del Plan, el mismo será sometido a la consideración de la Cámara Municipal para que ésta autorice su publicación a los efectos de la información y consultas públicas necesarias.

Además, la LOOU en su TÍTULO V “DEL RÉGIMEN URBANÍSTICO DE LA PROPIEDAD”, establece una serie de normas que guardan estrecha relación con el derecho de propiedad privada.

En ese sentido, tenemos que el artículo 52 expresa que la propiedad urbana tiene una función social, y en tal virtud estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas en esa Ley y en cualesquiera otras que se refieran a la materia urbanística, y en los reglamentos, planes y normas complementarias que dicten las autoridades urbanísticas competentes.

De un análisis conjunto del artículo 52 con lo dispuesto en los artículos 34, 36 y 38, todos de la LOOU, se obtiene como conclusión que los municipios, mediante el PDUL y las Ordenanzas de Zonificación, pueden someter el derecho de propiedad urbano a contribuciones, restricciones y obligaciones, siendo algunas de esas limitaciones y restricciones precisamente el poder que poseen los municipios de clasificar del suelo, a los efectos de determinar el régimen urbanístico aplicable, delimitar los espacios libres y áreas verdes destinadas a parques y jardines públicos, y a zonas recreacionales y de expansión y la identificación de los terrenos de propiedad privada que resultarán afectados por la ejecución del Plan.

En esa misma dirección apunta el artículo 53 de la LOOU, al disponer que los planes de ordenación urbanística y de desarrollo urbano local delimitan el contenido del derecho de propiedad, quedando éste vinculado al destino fijado por dichos planes.

Continúa esa norma diciendo que las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas por leyes, reglamentos, planes y ordenanzas urbanísticas se consideran limitaciones legales al derecho de propiedad, y en consecuencia no dan, por sí solas, derecho a indemnización, salvo que tales limitaciones desnaturalicen el derecho de propiedad y produzcan un daño directo, cierto, actual, individualizado y cuantificable económicamente. En estos casos, el municipio debe proceder a indemnizar a los particulares, pero se insiste, siempre y cuando el derecho de propiedad se desnaturalice en virtud de esas limitaciones.

4. LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD PRIVADA DERIVADAS DE LA PLANIFICACIÓN Y EL URBANISMO, CON ESPECIAL REFERENCIA A LOS ARTÍCULOS 108 Y 64 DE LA LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN MUNICIPAL Y LEY ORGÁNICA DE ORDENACIÓN TERRITORIAL, RESPECTIVAMENTE

El artículo 108 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal dispone lo siguiente:

Artículo 108.- Cuando con la promulgación de un Plan de Desarrollo Urbano Local se afecten terrenos de propiedad privada para uso recreacional, deportivo, asistencial, educacional o para cualquier uso público que implique la extinción del derecho de propiedad, el Municipio o Distrito deberá proceder de conformidad con la Ley respectiva.

El Decreto establecerá un plazo para la ejecución de la expropiación, que en ningún caso excederá al establecido en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, vencido el cual, sin que se hubiere procedido en consecuencia, se considerará sin efecto dicha afectación y el municipio o distrito deberá indemnizar a los propietarios por los daños y perjuicios debidamente demostrados por las limitaciones al uso de sus propiedades, regulando para éstas un uso compatible con el Plan de Desarrollo respectivo.

Esta disposición no es aplicable cuando la afectación resulte de un Plan de Parcelamiento o de Urbanismo.

Este artículo, conjuntamente con el artículo 64 de la Ley Orgánica Para la Ordenación del Territorio, será objeto de un profundo análisis en las páginas siguientes. Nos interesa precisar en estos momentos las diferenciales conceptuales entre los Planes de Desarrollo Urbano Local y los Planes de Parcelamiento o de Urbanismo, ya que la vigencia en el tiempo de la afectación de que se trate estará determinada según el tipo de plan que la establezca.

Debemos partir del hecho que el Plan de Desarrollo Urbano no es más que el acto inicial de todo el proceso urbanístico en el ámbito municipal o intermunicipal. En virtud de esto podemos asegurar que el Plan es pues el supuesto necesario de la actuación urbanística y por ello su obligatoriedad. El Dr. Moles Caubet, al respecto ha señalado que

...el plan de desarrollo urbano local es un acto administrativo que determina la ordenación del territorio para obtener los asentamien-

tos humanos con una adecuada distribución demográfica, en función a las distintas actividades previstas y a la prestación de los servicios públicos necesarios. El Plan es, ante todo, un acto administrativo formal cuya formación y modificación está sujeta a un procedimiento del que depende su validez. (Revista de Derecho Público N° 5, enero- marzo 81, p. 29).

Por supuesto, el contenido del Plan lo especifica la Ley u Ordenanza respectiva, siendo así de derecho positivo, pero esta circunstancia no desdice sobre la naturaleza jurídica de estos planes, los cuales deben ser considerados como verdaderos actos administrativos de efectos generales.

Así las cosas, cuando hablamos de plan de desarrollo urbano local, no debemos confundir este concepto con el de plan de parcelamiento o de urbanismo. El primero se refiere a la planificación urbanística elaborada por las respectivas municipalidades, o en su defecto, por quien designe el Concejo Municipal, pero en cualquiera de estos supuestos, el respectivo proyecto del PDUL debe ser sometido a la consideración de la Cámara Municipal. En cambio, los planes de parcelamiento o planes de urbanismo vienen dados por los proyectos para construir urbanizaciones, los cuales son elaborados por particulares propietarios de terrenos parcelados o por parcelar y que deben ser presentados por ante las autoridades competentes para obtener las respectivas autorizaciones. En todo caso, los planes de parcelamiento o de urbanismo deben guardar estrecha relación con los lineamientos establecidos en el plan de desarrollo urbano local respectivo. (Artículo 67 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio).

Un común denominador entre estas dos categorías de planes es que ambas pueden afectar la propiedad privada, y la vigencia en el tiempo de estas afectaciones dependerá de la categoría del plan del cual emanan como ya se dijo antes.

¿Por qué decimos que la vigencia de la afectación en el tiempo dependerá del tipo de plan que la establezca?

El artículo 108 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal señala que cuando con la promulgación de un Plan de Desarrollo Urbano Local se afecten terrenos de propiedad privada para uso recreacional, deportivo, asistencial, educacional o para cualquier otro uso público que implique la extinción del derecho de propiedad, el Municipio o Distrito deberá proceder de conformidad con la Ley respectiva, la cual no es otra que la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

El Decreto establecerá un plazo para la ejecución de la expropiación, que en ningún caso excederá al establecido en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, vencido el cual, sin que se hubiere procedido en consecuencia, se considerará sin efecto dicha afectación.

Hay que resaltar que el artículo 64 de la Ley Orgánica Para la Ordenación del Territorio no establece un lapso determinado para ejecutar la expropiación, sino más bien señala que es el Plan de Ordenación del Territorio el que deberá establecer un lapso para proceder a ejecutar la misma; y que cuando ese lapso sea superior a tres (3) años, la autoridad competente deberá establecer un régimen transitorio de uso efectivo de la propiedad afectada. De lo anterior se infiere que el municipio a través de un Plan de Desarrollo Urbano Local, el cual se materializa en una Ordenanza de Zonificación, puede a su libre arbitrio establecer el lapso para proceder a ejecutar la expropiación, lapso que deberá ser cónsono con la naturaleza y alcance de la actividad a realizar. Tan es así, que si el lapso establecido es superior a tres años, debe establecer un régimen transitorio de uso efectivo de la propiedad afectada, vencido el cual, el municipio debe proceder a ejecutar la expropiación. Si el municipio no procede a ejecutar la expropiación de la propiedad afectada por el Plan, en el lapso que en él se señale, la propiedad del particular quedaría desafectada tal y como lo dispone el artículo 108 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, asignándosele a la misma un uso cónsono con el de su entorno.

Vemos así que el *leit motiv* de los artículos 108 de la LORM y 64 de la LOOT fue el de establecer un remedio a las afectaciones eternas. En esta forma se busca limitar las congelaciones eternas de la propiedad que han dado origen a tantos usos y ocupaciones de hecho ilegales de la propiedad privada por parte de los concejos municipales.

Ahora bien, cuando es el propio particular el que afecta su propiedad a través de un plan de parcelamiento o de urbanismo, ya que por las normas de equipamiento urbano el promotor debe hacer reservas de espacio para ser destinadas como áreas públicas en la zona a urbanizar, la desafectación nunca opera por mandato de lo señalado en el último aparte del artículo 108 tantas veces mencionado.

En otro orden de ideas referido a si los municipios deben indemnizar a los particulares por las afectaciones que nacen del PDUL, se observa que la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio dispone en su artículo 63 que:

Los usos regulados y permitidos en los planes de Ordenación del Territorio se consideran limitaciones legales a la propiedad y, en

consecuencia, no originan, por sí solos, derechos a indemnización”, salvo, dice la norma, que sólo podrá ser reclamada la indemnización **“en los casos de limitaciones que desnaturalicen las facultades del derecho de propiedad, siempre que produzcan un daño cierto, efectivo, individualizado, actual y cuantificable económicamente.** (Negrillas del autor).

Lo contenido en la norma antes mencionada es ratificado por el artículo 64 *eiusdem* al disponer que:

Cuando la ejecución de los planes de ordenación del territorio **implique la extinción del derecho de propiedad**, las autoridades competentes deberán proceder a decretar la expropiación conforme a la ley especial. (Negrillas del autor).

La Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, como ya se dijo, establece en su artículo 52 que:

La propiedad urbana tiene una función social, y en tal virtud estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas en esta Ley...

El artículo 53 *eiusdem*, en su segundo aparte, señala que:

Las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas por leyes... y ordenanzas urbanísticas se consideran limitaciones legales al derecho de propiedad, y en consecuencia no dan, por sí solas, derecho a indemnización. **Ésta sólo podrá ser acordada en los casos de limitaciones que desnaturalicen el derecho de propiedad y produzcan un daño directo, cierto, actual, individualizable y cuantificable económicamente.** (Negrillas del autor).

Lo establecido en estas normas nos hace llegar a la conclusión que tanto los usos regulados y permitidos en los planes de ordenación como la ejecución de los mismos, así como las contribuciones, restricciones y limitaciones, que vacíen de contenido el derecho de propiedad, que desnaturalicen las facultades del derecho de propiedad, que causen un daño directo, cierto, actual, individualizado y cuantificable económicamente al derecho de propiedad, que extingan el derecho de propiedad; en todos esos casos, la autoridad administrativa correspondiente está en la obligación de indemnizar al titular de ese derecho. Por el contrario, si la limitación es de tal magnitud que no extinga o desnaturalice el contenido del derecho de propiedad, no procede-

ría el pago de la indemnización. Pero en todo caso, sea o no indemnizable, los municipios ostentan el poder de afectar la propiedad pública con fines de utilidad pública o social, y así se lo expresa el artículo 108 de la LORM.

De lo expuesto obtenemos como primera conclusión de importancia, que no es inconstitucional que un Municipio, a través de un PDUL y Ordenanza de Zonificación, afecta propiedad privada para fines públicos, lo que es inconstitucional es que pretenda hacerse con la propiedad privada sin el pago de una justa indemnización, ya que ello violaría el principio de la no confiscatoriedad..

En tal sentido se han pronunciado los tribunales del país, permitiéndonos citar algunas sentencias al respecto.

1) Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 16/12/81, consultada en original:

Aunque nadie discute la competencia y la posibilidad legal que tienen los concejos municipales para imponer restricciones y limitaciones al derecho de propiedad privada, con fines de utilidad pública o de interés general, como por ejemplo las inspiradas en razones de urbanismo, lo cierto es que las restricciones y obligaciones a las que sea sometida la propiedad urbana no pueden ser de tal naturaleza que impliquen su extinción y, por lo tanto, lesione la esencia misma de ese derecho y lo desnaturalice. (Destacados del autor).

2) Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 11-08-88, G.F. N° 141, Vol. 1, pp. 445 a 452:

En el campo del urbanismo se ha producido una evolución del concepto de propiedad privada que se ha orientado en la dirección de reconocerle a tal derecho, el contenido social que la Constitución preconiza y le otorga, y justamente, donde quizás mejor se refleje tal aspiración de la propiedad del suelo urbanizable, lo cual soporta en ocasiones las mayores cargas y regulaciones en interés del colectivo, incluso la modalidad de afectación para usos... de vialidad, zonas verdes y de expansión, sin que tal afectación urbanística apareje indemnización al propietario que lo soporta... Por otra parte, tal como lo tiene señalado esta Corte en la sentencia del 10/08/77, para que se actualice por parte del ente público que afecte derechos de particulares la

obligación de pagar indemnización, no sólo en los casos de expropiación propiamente dicha, sino en otros, debe tratarse de circunstancias en que se prive al titular del derecho de una utilidad, que sean gravados los bienes con una servidumbre o sufra un daño patrimonial que derive la pérdida o disminución de sus derechos. (Negrillas del autor).

Con base a estos argumentos, podemos establecer como principio fundamental que cuando se impongan contribuciones, restricciones o límites a la propiedad urbana, éstas sólo originan el pago de una justa indemnización al titular de ese derecho, cuando éstas sean de tal magnitud que desnaturalicen el contenido del mismo o lo extingan, siempre que produzcan un daño cierto, actual, grave, efectivo y cuantificable económicamente y cuando el derecho de propiedad, en virtud de esa limitación, quede extinguido.

Este principio es acogido por el artículo 108° de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que es el que regula de una manera específica la materia de las afectaciones, el cual señala que:

Cuando con la promulgación de un Plan de Desarrollo Urbano Local se afecten terrenos de propiedad privada para uso recreacional, deportivo, asistencial, educacional o para cualquier uso público **que implique la extinción del derecho de propiedad**, el municipio o distrito deberá proceder de conformidad con la Ley respectiva.

El Decreto establecerá un plazo para la ejecución de la expropiación, que en ningún caso excederá al establecido en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, vencido el cual, sin que se hubiere procedido en consecuencia, se considerará **sin efecto dicha afectación...** (Destacados del autor).

Del análisis de esta norma se observa que, el Legislador establece que los municipios a través de los Planes de Desarrollo Urbano Local, pueden establecer verdaderas limitaciones al derecho de propiedad privada, consistentes en la afectación de determinado terreno particular para un uso recreacional, deportivo, asistencial, educacional o para cualquier otro uso público, entre el cual podemos considerar el de áreas verdes de protección y parque municipal, entre otros.

Ahora bien, sigue diciendo la norma que cuando un terreno particular sea afectado para los usos *ut supra* mencionados, que implique LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD, se deberá proceder de acuerdo con la Ley

respectiva, vale decir, la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social, y de acuerdo con el principio establecido anteriormente, se deberá proceder al pago de una justa indemnización.

Así las cosas, el Decreto debe establecer un plazo para la ejecución de la expropiación, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 de la Ley Orgánica de Ordenación del Territorio, vencido el cual, sin que el Municipio haya procedido, se considerará sin efecto dicha afectación.

De la lectura del artículo 108 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal se puede afirmar con toda seguridad que el Legislador ha distinguido entre dos clases de afectaciones: las que extinguen el derecho de propiedad de las que no lo extinguen. Por lo tanto, debemos entender, que luego de haberse dictado el decreto de utilidad pública y de haber vencido el lapso para la ejecución de la expropiación, la afectación, si es de las que extinguen el derecho de propiedad, la misma puede llegar a desaparecer, caso en el cual operaría la desafectación. Tan es así, que la norma *in commento* establece que vencido el plazo para la ejecución de la expropiación, **se considerará sin efecto dicha afectación**. ¿Cuál afectación? La que implique la extinción del derecho de propiedad.

Por lo tanto, si la afectación es de tal magnitud que NO EXTINGA EL DERECHO DE PROPIEDAD, este tipo de afectación no está encuadrada dentro de los supuestos de la norma, razón por la cual la misma no desaparecería y la solicitud de desafectación debe ser desestimada por el Concejo Municipal.

Por lo expuesto podemos concluir lo siguiente:

- 1.- Si la afectación es de tal magnitud que desnaturalice o extinga el derecho de propiedad, causando un daño cierto, actual, efectivo, individualizado y cuantificable económicamente, el Concejo Municipal tendrá que desafectar o proceder a la expropiación, pero el acto de afectación *per se* no es inconstitucional, lo inconstitucional es afectar para luego expropiar sin indemnizar, lo cual nos colocaría en presencia de una confiscación.
- 2.- Si la afectación no es de tal magnitud que no desnaturalice o extinga el derecho de propiedad, el concejo municipal deberá mantener la afectación, sin necesidad de indemnizar al particular.

Como hemos podido apreciar, la propiedad urbana cumple una función social; en consecuencia, es posible restringir el contenido de ese derecho mediante la figura de las afectaciones urbanísticas.

La Ley Orgánica de Ordenación del Territorio establece, como se ha dicho antes, que los usos regulados y permitidos en los planes se consideran limitaciones legales a la propiedad urbana, y que no originan por sí solos derecho a indemnización. Ésta sólo podrá ser reclamada por los propietarios en los casos de limitaciones que desnaturalicen las facultades del propietario y siempre que produzcan un daño cierto, efectivo, actual, individualizado y cuantificable económicamente. Si con el plan de ordenación del territorio o urbanístico se extingue el derecho de propiedad o se cause un daño que desnaturalice dicho derecho, entonces se debe proceder a la expropiación.

Se observa que la sola afectación de propiedad privada para fines de utilidad pública no es inconstitucional, lo que es inconstitucional es el hecho que el municipio pretenda una de dos cosas, a saber:

- Afectar propiedad privada con fines públicos y hacerse con la titularidad de esa propiedad sin el pago de una justa indemnización.
- Afectar eternamente la propiedad privada, aunque no pretenda hacerse con la titularidad del inmueble de que se trate, vaciando así de contenido el derecho de propiedad.

De igual forma hay que resaltar que los municipios, desde el momento en que entra en vigencia el PDUL, poseen por lo menos tres (3) años para proceder a expropiar los terrenos de propiedad privada que sean afectados como áreas públicas, y si así no lo hiciere, esas afectaciones quedarían sin efecto de pleno derecho vencido el lapso fijado para proceder a su expropiación, y el concejo municipal tendría entonces que asignarle a esos terrenos un uso acorde con las características del entorno. Dicho en otras palabras, el municipio tiene por lo menos tres (3) años para decidir si indemniza o no al particular, es decir, tiene tres (3) años para decidir si expropia o no, y en el caso que decida no expropiar porque el interés inicial que dio lugar a la afectación ha desaparecido, entonces en ese caso, la propiedad de la recurrente quedará desafectada, y habrá que asignarle las respectivas variables urbanas fundamentales, vale decir, habrá que fijar por el órgano que corresponda, las respectivas condiciones de desarrollo urbano de esos terrenos, en caso de ser procedente.

Por supuesto, si el lapso fijado para la expropiación fuese superior de tres (3) años, el particular pudiese solicitar un uso transitorio de su propiedad afectada, como forma de indemnización, a tenor de lo establecido en el artículo 64 de la LOOT, quedando a salvo por supuesto el pago del justiprecio en caso de llegar a materializarse la expropiación.

A continuación haremos cita de una sentencia dictada en relación a lo dicho hasta los momentos.

**SENTENCIA DICTADA EN FECHA 11/11/93 POR EL TRIBUNAL
SUPERIOR SEGUNDO EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DE LA REGIÓN CAPITAL, EXP. N° 000448,
CASO: CORPORACIÓN 120, C.A.**

Ese caso consistió en lo siguiente.

La empresa Corporación 120, C.A. era propietaria de un lote de terreno, al cual le fue asignado en el mes de diciembre de 1956 el uso ADR (Asistencial, Docente o Religioso)

Así las cosas, la empresa antes mencionada muchos años después de haber sido afectada solicitó a las autoridades urbanísticas competentes del extinto Distrito Libertador, en cuya jurisdicción se encontraba el referido lote de terreno, que el mismo fuese desafectado de su condición de zona ADR y se le asignase el uso R-7 (vivienda multifamiliar), acorde con el desarrollo de la zona del entorno, solicitud ésta que fue fundamentada en lo dispuesto en los artículos 108 de la LORM y 64 de la LOOT, alegando al efecto que las Ordenanzas de 1962 y 1971 le habían asignado al lote de terreno de su propiedad el uso R-7, para luego en la Ordenanza de Rezonificación del Sector El Paraíso de 1973 volverle a asignar el uso ADR, lo cual, y en criterio de esa empresa, se le impuso una limitación a su derecho de propiedad que en la práctica equivalía a su extinción y que obligaba a su expropiación en el lapso fijado en la Ley, y que al no tener lugar esa expropiación, la afectación había quedado sin efecto, debiéndose entonces a asignarle un uso acorde con el sector.

El Juzgado Superior Segundo en lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, luego de analizar los artículos 108 y 64 de la LORM y de la LOOT respectivamente, concluyó que para que quede configurado el supuesto de hecho previsto en las mismas, la afectación al uso público debe implicar la extinción del derecho de propiedad.

En definitiva, el mencionado Tribunal falló a favor de la empresa Corporación 120, C.A., sobre la base que ese caso se ajustaba al supuesto de hecho tipificado en el artículo 108 de la LORM, pues se produjo la afectación de un inmueble de propiedad privada a usos públicos, limitándose y menoscabándose el derecho de propiedad en forma que impedía el ejercicio de los atributos inherentes al mismo conforme al interés del propietario, con lo cual se excedía de lo no indemnizable. Concluyó el mencionado Tribunal, que

debió, pues, proceder el municipio oportunamente a la expropiación y al no hacerlo así, la afectación quedó sin efecto, procediendo la regulación del uso según lo previsto en la norma.

Hay que resaltar que en este caso el Juzgado Superior Segundo en lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, no consideró que la afectación que se le había impuesto a terrenos propiedad de la empresa Corporación 120, C.A. fuese inconstitucional. Es más, el mencionado Tribunal reconoció de manera implícita que el Municipio sí podía afectar esos terrenos, cuando señala que en todo caso el Municipio ha debido proceder a su expropiación, pero que al no hacerlo en el lapso estipulado en el artículo 64 de la LOOT, la misma había quedado sin efecto, debiendo el Municipio proceder a asignarle un nuevo uso.

Lo anterior convalida lo que hemos dicho, en el sentido que la sola afectación para usos públicos que haga el Municipio sobre terrenos de propiedad privada, aunque extingan el derecho de propiedad, no es *per se* inconstitucional, ya que el Municipio al proceder en ese sentido, lo hace de manera lícita por cuanto el artículo 108 de la LORM lo faculta para ello. Por supuesto, el Municipio cuando afecta terrenos de propiedad privada con base en esa norma, y en el caso que dicha afectación sea de las que extinguen el derecho de propiedad, debe proceder a expropiar y a indemnizar al propietario del inmueble afectado, y si no lo hiciere en el lapso estipulado en el artículo 64 de la LOOT o en el lapso fijado en el PDUL, la afectación queda sin efecto, y debe procederse a asignársele a ese terreno un uso compatible con la zona del su entorno. Es decir, los municipios pueden perfectamente extinguir la propiedad privada con base en el artículo 108 *in commento*, pero eso sí, deben indemnizar en el caso que decidan expropiar, y para ello el municipio dispone de tres años por lo menos.

La sentencia que hemos comentado puede ser consultada en la Revista de Derecho Urbanístico N° 3 septiembre-octubre 1993, pp. 82 a la 92.

CONCLUSIONES

1.- Los municipios poseen plena competencia para elaborar, aprobar y ejecutar los Planes de Desarrollo Urbano Local y para dictar las ordenanzas necesarias para la ejecución, control y gestión de los planes en materia de zonificación, siendo precisamente esas ordenanzas mediante las cuales los municipios, por órgano de los concejos municipales, afectan la propiedad privada.

2.- La propiedad urbana tiene una función social, y en tal virtud estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones establecidas en la Ley

y en los reglamentos, planes y normas complementarias que dicten las autoridades urbanísticas competentes.

3.- Si la afectación que impongan los municipios a la propiedad privada es de tal magnitud que desnaturalice o extinga el derecho de propiedad, causando un daño cierto, actual, efectivo, individualizado y cuantificable económicamente, el concejo municipal tendrá que desafectar esa propiedad o proceder a su expropiación. Si la afectación no es de tal magnitud que no desnaturalice o extinga el derecho de propiedad, el concejo municipal deberá mantener la afectación, sin necesidad de indemnizar al particular.

Consideraciones sobre el derecho de propiedad a la luz de algunas instituciones del derecho agrario venezolano

Alberto BAUMEISTER TOLEDO*

*Al maestro y amigo Gert Kummerow, ilustre y modesto científico venezolano, cuyo brillo sólo podrá opacarlo su prudente humildad.
Por los muy gratos momentos que pudimos compartir en la Biblioteca Rojas Astudillo y por lo mucho que supo enseñarme con su trato.
“El hombre instruido tiene siempre las riquezas en sí mismo”.
(Fedro, Fabulista Latino)***

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado y Especialista en Derecho Privado y Tributario. **Universidades Central de Venezuela y Católica Andrés Bello y en la Escuela Judicial de Venezuela**, Profesor de Pre y Postgrado. **Universidades Privada de Bolivia y Javeriana de Bogotá, El Salvador, Buenos Aires, Santo Tomás de Aquino, de La Plata**, y en Venezuela de las **Universidades Fermín Toro, Católica del Táchira, Unimar, Simón Bolívar y Metropolitana**, Profesor invitado. **Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal**, y del **Panamericano de Derecho Procesal**, Miembro. **Asociación Venezolana de Derecho de Seguros AVEDESE-AIDA**, Presidente. **Universidad Católica Andrés Bello**, Director de la Revista de la Facultad de Derecho. Ex Magistrado Judicial, Tribunal Superior Agrario Nacional Venezuela y Conjuez especial, integrante de la Sala Especial de la Casación Civil, de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela. **Fundación de Altos Estudios Jurídicos (FUNAL)**, Integrante y Fundador. **Directorio del Instituto Universitario de Seguros (IUS)**, Miembro. Amigo y gran admirador del maestro Gert Kummerow, quien definitivamente le enseñara a ocuparse científicamente del derecho.

** Citas y Frases celebres, Samir M. Laäbi, El Ateneo, España, 2000, p. 200.

SUMARIO:

1. **Delimitación del tema a examinarse.**
 2. **Algunas consideraciones sobre el derecho de permanencia en derecho agrario venezolano: 2.1 Comentarios y observaciones doctrinarias. 2.2 Algunas precisiones e interpretaciones sobre el Derecho de Propiedad por parte del TSJ.**
 3. **Concepto, elementos y caracteres del derecho de permanencia en materia de derecho agrario venezolano. Su incidencia en torno al derecho de propiedad de tierras con vocación agraria. Aspectos doctrinarios y jurisprudenciales.**
 4. **La delicada situación del derecho de permanencia tal como se lo regulaba en la LRA.**
 5. **Los efectos del derecho de permanencia regulados en la LTDA.**
- Consideraciones finales y conclusiones**

1. DELIMITACIÓN DEL TEMA A EXAMINARSE

Aun cuando un homenaje al querido y siempre recordado maestro Kummerow, merecería siempre profundizar inagotablemente, como sólo él lo hubiere hecho, el orden y respeto a una obra colectiva nos impone resumir y presentar nuestra modesta investigación en corto espacio, pero procurando resaltar la importancia del tema tratado.

Eso es lo que procuraremos hacer seguidamente, pues además del compromiso con la memoria del homenajeado, la importancia y dificultad del tema que hemos decidido abordar y sus efectos en torno a la propiedad, una de las más vastas y enjundiosas instituciones del derecho de Bienes así lo impone.

Escudriñar para precisar los conceptos en torno a la propiedad y sus limitaciones sería pretencioso e inoficioso, por ello nos atendremos más a desarrollar la muy especial institución del Derecho de Permanencia, la cual, al menos en cuanto concierne a mi modo de pensar, es quizás la institución de mayor importancia en el Derecho Agrario, sustento mismo de su esencia e instrumento realmente efectivo y efectista del proceso revolucionario que conlleva en sí el Derecho Agrario, respaldo del postulado más humano de esa rama del derecho, esto es, que cada quien pueda aspirar, como productor de la tierra, a tener un trozo de la misma, el mínimo y necesario cuando menos, para satisfacer sus necesidades y las de su familia.

La tarea no resulta por ello nada fácil, los conceptos, caracteres y desarrollo de la institución, inclusive a nivel local, no son indiscutibles, han supuesto el desarrollo de una y otra teoría que procure centrarlos y definirlos, adicione-mos a ello cambios en su interpretación jurisprudencial y podríamos concluir diciendo que es y seguirá siendo uno de esos conceptos polémicos del Derecho agrario en pleno desarrollo y evolución.

En adición a todo lo dicho, es de reciente data la última reforma del ordenamiento Agrario en Venezuela,¹ por ello y en beneficio de no podernos extender indefinidamente en el tema, como provocaría hacerlo, también limitaremos nuestros comentarios a la institución tal como resulta regulada hoy en la nueva ley.

Hechas las precedentes consideraciones entremos pues en el meollo del asunto.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD EN VENEZUELA

2.1 COMENTARIOS Y OBSERVACIONES DOCTRINARIAS

Coincidimos con Innes Faría Villarreal² en que nuestra Constitución Nacional ubica al derecho de propiedad entre los derechos económicos subordinados a los intereses generales y regulados por la Ley, con lo cual le resta, en palabras de Villegas Moreno³ el carácter de Derecho Fundamental, de naturaleza pre-constitucional, afirmación que destaca la comentarista, encuentra

¹ Decreto con Fuerza de ley, por el cual se promulga la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, (en lo adelante GO) N° 37.323 del 13 de noviembre del 2001 (en lo sucesivo LTDA). La puesta en vigencia de este importante instrumento normativo, a la vez que determinante de la política agraria del Gobierno actual, mediante Decreto con base a Ley Habilitante, tal como lo fuere hecho, desde el inicio de la vigencia de la Ley puso en tela de juicio la constitucionalidad de su existencia. Por igual, desmedidas potestades confiadas a la Administración Pública en el manejo de la Propiedad, impuestos, limitaciones y sujeciones de la propiedad privada dieron lugar a numerosos recursos de inconstitucionalidad, unos ya resueltos, declarando algunos parcialmente con lugar las nulidades, otros aún sin resolverse, y por supuesto que en el medio económico y agropecuario, con gran malestar general, ante la indefinición, abusos y graves problemas que ha suscitado la aplicación incoordinada y a fortiori de dicha normativa. Véase nuestra conferencia *Breve esquema sobre las especies de propiedad en la nueva Ley de Tierras, III Jornadas LTDA*, Fundación Derecho Agrario, mayo-junio 2002.

² Las limitaciones administrativas a la Propiedad, publicaciones del Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, Vol. 7, Libro Homenaje al Dr. Gonzalo Pérez Luciani, Isbn 980-07-8636-8, tomo I, Venezuela, 2003, p. 671 ss.

³ José Luis Villegas Moreno. *El Derecho de Propiedad en la Constitución de 1999*, Vol. II Libro Homenaje UCV 20 años de la Especialización en Derecho Administrativo, Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, 2001, p. 568.

sustento al inicio del artículo 115 de nuestra Constitución,⁴ la cual “garantiza” mas no reconoce clara y tajantemente el derecho de propiedad, con lo cual se la excluye del amplio grupo de derechos inherentes al ser humano, por tanto anteriores y superiores al Estado⁵ y con la advertencia de que si bien ello no resultaba así ni legal, ni doctrinariamente antes del vigente texto de la CN, ya la Constitución anterior de 1961, consideraba la propiedad sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establecía la ley con fines de interés público o de interés general, con lo cual, como lo anota nuestra citada comentarista, si bien se obvia la relación con la función social de la propiedad, se acude a dos conceptos jurídicos indeterminados, lo que no implica que ellos sean ajenos a aquel concepto, pues los de utilidad pública y el de interés general, lo contienen implícitamente.⁶

Ahora bien, en doctrina constitucional se suele diferenciar entre “limitaciones a la propiedad (en el derecho: en el uso, en el disfrute o goce y en la disponibilidad de la propiedad) con las restricciones al derecho y finalmente con las “obligaciones” de dicho derecho.

⁴ Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, publicada inicialmente en diciembre de 1999, pero ordenada su republicación, conjuntamente con la Exposición de Motivos en marzo del 2000, aparentemente sin cumplir las formalidades impuestas por la propia Asamblea Constituyente, lo cual ha hecho que algunos doctrinantes la adversen y ataquen en sus fundamentos, publicada en la G.O. N° 5453 Ext. del 24 de marzo del 2000, pero que en lo sucesivo identificaremos como Constitución de 1999 o simplemente con las iniciales CN, la que dispone en su artículo 115: “Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la Ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública, o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”.

⁵ Por lo demás idéntico criterio sustenta el conocido y reputado tratadista Héctor Faúndez Ledesma, según lo destaca la citada comentarista, quien en todo caso alerta que conforme a la convención Americana de Derechos Humanos, ese derecho está expresamente protegido y a quien se le da tratamiento de un reconocimiento/garantía, en tanto lo ubica dentro de las normas que tutelan los derechos humanos (económicos), si bien ello admite esté supeditados al interés colectivo y general, para concluir como Brewer-Carías, destacando que “en todo caso no se trata de un derecho absoluto, eterno e inmutable, sino todo lo contrario, un derecho sometido a limitaciones de carácter legal”. (Instituciones políticas y constitucionales, Universidad Católica del Táchira, EJV, 1985, Venezuela, p. 210).

⁶ *Ob. Cit.* p. 673. Es interesante observar que por igual y en un interesante trabajo sobre la propiedad bajo los nuevos lineamientos constitucionales, el Dr. Ángel Gabriel Viso, en su trabajo Derecho de Propiedad en la V República, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenajes, Vol. V, ISBN 980-07-8274-5, tomo II, Venezuela, 2002, ps. observa que el concepto de propiedad ha venido a siendo objeto de profunda mutación a partir de la CN, bajo principios, filosofía y normativa que se ha venido modificando a posteriori de aquella y que afecta la noción, contenido, caracteres, restricciones, limitaciones y pérdida, formas de adquisición y características de dicho derecho. Remitimos a dicho trabajo a los interesados, a sabiendas que se nutrirán de interesantes conceptos sobre el tema.

Sin entrar en mayores detalles por las razones que nos obligan a resumir y restringirnos al ámbito mismo de nuestra exposición, para poder cumplir con los cometidos de este análisis y no pretender estemos haciendo una monografía sobre el tema, y a reserva de recomendar a los interesados al examen con detalle de dichos conceptos en los claros y específicos comentarios de Faría Villarreal⁷ a quien seguimos en esta exposición, resumidamente diremos:

Limitaciones a la propiedad privada:

La garantía constitucional del derecho de propiedad en base a la función social que cumple no se concreta en el carácter absoluto del Derecho, sino, en: la garantía de la reserva legal, la garantía expropiatoria y la garantía de prohibición de confiscación.

Temas éstos que lamentablemente en este caso escapan a nuestro estudio pero cuyos conceptos estamos seguros son de todos nuestros lectores conocidos.

Cabe no obstante hacer algunas precisiones para la mejor comprensión de lo que en el fondo venimos a examinar.

Así, conviene advertir que sólo será la Ley la que en definitiva determine el régimen de la propiedad, y es la que autoriza a las autoridades administrativas, o de cualquier índole, para hacer efectivas las limitaciones, contribuciones, obligaciones y restricciones a la propiedad, obstáculos éstos, si se quiere, que han sido agrupados bajo la denominación: “limitaciones a la propiedad”, constituyéndose en el género comprensivo de las especies de limitaciones en sentido estricto o propiamente dichas: contribuciones, obligaciones y restricciones.

Con lo antes dicho podemos precisar que el género limitaciones a la propiedad en sentido amplio, son todos aquellos condicionamientos legales que presuponen la existencia y ejercicio del derecho de propiedad, pero que circunscriben, delimitan o demarcan sus límites, ámbito, alcance y duración.

Por igual cabe llamar la atención de que no se puede hablar de limitaciones al derecho de propiedad, sin presuponer su existencia, por cuanto ellas no inciden sobre la titularidad, no extinguen, ni anulan el derecho de propiedad, sólo disminuyen el dominio y señorío del legítimo dueño.

Tales limitaciones inciden sobre las facultades de uso de la misma. Del necesario vínculo entre la propiedad y la función social deriva que la determinación del

⁷ *Ob. Cit.*, p. 676 ss.

uso y la fijación de la intensidad del mismo quede, en virtud del vínculo señalado, fuera de la disposición del propietario, sobre quien puede afirmarse, objetivamente, no tiene el sentido propio que se le puede considerar, tanto un derecho subjetivo, sino una participación en una situación jurídica en la que convergen, además del verdadero haz de facultades que conforman ese derecho, un núcleo de deberes a los que deben sujetar su ejercicio los titulares.⁸

La naturaleza y efectos de tales limitaciones, según lo destaca la doctrina dominante, no aparejan la obligación de pago de indemnizaciones, las mismas deben ser soportadas por el administrado como una carga social sin contraprestación económica alguna.⁹

En tanto tales limitaciones afectan los atributos de la propiedad, encontraremos que la doctrina las clasifica en limitaciones al uso, al goce y disfrute y a la disposición de la propiedad.

A la señalada división propuesta de esas limitaciones, debe agregarse en opinión de Fariá V. otra específica del Derecho Agroalimentario, cuya necesidad se deriva del artículo 2 de la LTDA, en el cual se afecta el uso de todas las tierras públicas y privadas con vocación de la producción alimentaria con objeto de establecer las bases del desarrollo rural integral y sustentable, el cual es entendido en términos de dicha normativa (Artículo 1), como el medio fundamental para el desarrollo humano y crecimiento económico del sector agrario dentro de una justa distribución de la riqueza y la planificación estratégica, democrática y participativa, eliminando el latifundio, como sistema contrario a la justicia, al interés social y a la paz social en el campo, asegurando la biodiversidad, la seguridad alimentaria y la vigencia efectiva de los derechos de la protección ambiental y agroalimentaria de las presentes y futuras generaciones.

Para revisar con más detalle cuáles son, en qué consisten y cómo operan, remitimos a los interesados al trabajo de Fariá Villarreal que venimos comentando y resumidamente nos limitaremos a revisar ciertos tópicos especiales, así, en torno a las de uso y goce, diremos que mientras las limitaciones al uso restringen el posible destino que se le puede dar a un bien, las limitaciones al disfrute o goce se centran en la obtención de frutos y beneficios.

En ese sentido la LTDA reconoce a los campesinos el derecho de gozar y recibir los frutos de la tierra que les haya adjudicado de forma permanente el INTI.

⁸ Fariá V., *Ob. Cit.*, p. 677.

⁹ En tal sentido, véase García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, Civitas, España, 1998, p. 115 y a ello se adhiere la misma Fariá V. *Ob. Cit.*, p. 676.

En relación a lo segundos, se debe apuntar en cambio que la LRA no sólo limitaba la posibilidad de dar en arrendamiento las fincas rústicas propiedad de particulares, sino que inclusive establecía la posibilidad de que el canon fuera fijado por el IAN.

Por su parte la LTDA a lo largo de su texto no consagra limitación alguna al disfrute o goce de la propiedad; sin embargo, se debe considerar que aun cuando no se le señala competencia al INTI, en materia de arrendamientos, queda abierta la posibilidad de establecerlas por vía legal, por cuanto, en el numeral 11 del artículo 123 LTDA se establece que corresponden a dicho ente las demás que establezcan las leyes y reglamentos.

Aclarándose que, por mandato constitucional queda excluida la posibilidad de limitar el goce o disfrute de la propiedad por vía reglamentaria.

En torno a las limitaciones que inciden en el derecho de disposición de la propiedad, diremos que las mismas inciden en la posibilidad de enajenar o gravar el bien objeto de la propiedad.

La LTDA reconoce en su artículo 12 que las tierras del INTI adjudicadas de forma permanente, pueden ser usadas, disfrutadas y transferidas por herencia, por los campesinos en el ejercicio del derecho de propiedad agraria a los sucesores legales, pero de forma expresa, establece que éstas no pueden ser objeto de enajenación alguna.

Restricciones al Derecho de Propiedad:

En adición a las anteriores limitaciones, se trata ahora de limitaciones administrativas al derecho de propiedad en sentido amplio, además de las limitaciones al ejercicio, que conforman el entorno normal en su régimen jurídico, las restricciones al mismo derecho, también presuponen la existencia del derecho, versan sobre bienes que son susceptibles de apropiación, pero limitan de manera efectiva, el ámbito de la propiedad, o de algunos de sus atributos, por lo que dan derecho a la indemnización.

De tal forma las restricciones no sólo exceden del entorno normal de la propiedad "...Sino que como limitación al ámbito del derecho en su titularidad del ejercicio, se presentan como una limitación exorbitante sobre la propiedad que debe ser indemnizada".¹⁰

¹⁰ Brewer-Carías, *Ob. Cit.*, p. 217.

La restricción a la titularidad al derecho de propiedad de mayor importancia son las restricciones a la titularidad del derecho de propiedad sobre un bien determinado, pues su titular debe traspasar al Estado forzosamente, median-do, generalmente indemnización, a menos que la transferencia se imponga como sanción, o provenga de un proceso de reversión o indemnización o esté prevista como una contribución en especie de la propiedad al Estado.

Un caso típico lo constituye la expropiación “...Otra actuación de la adminis-tración que, aun produciendo el efecto de un sacrificio imperativo de dere-chos patrimoniales, que el titular de éste ha de sufrir, hace nacer correlativamente, un derecho a ser indemnizado por la pérdida material que la medida le comporta...”.¹¹

En ese mismo orden de ideas, agregaríamos nosotros, se encuentran los su-puestos de Derecho Agrario, que afectan tierras agroproduktivas, en que pro-cede el Derecho de Permanencia a favor de terceros ajenos a la relación del vínculo de propiedad, sujeto/cosa, cubriendo la necesidad de amparar la dis-posición constitucional de conceder la permanencia con fines de continuar la labor productiva u otros contemplados por el Legislador, a quienes como productores agropecuarios vienen ocupando las tierras públicas o privadas, pero especialmente en lo que atañe a estas últimas y que vienen contempla-dos en los Artículos 17, 18 y 20 de la LTDA.

Obligaciones de la Propiedad privada:

Baje este género, conforme a la CN, la propiedad está sometida no sólo a limitaciones o restricciones, lo está también a obligaciones previstas en la Ley. En este sentido, es común la previsión de prohibiciones de hacer o de no hacer a la propiedad en el ordenamiento jurídico.

En materia agraria, la LTDA establece una serie de obligaciones derivadas de la función social de la propiedad, así es obligación de los propietarios de tierra, tanto públicas como privadas, la explotación eficiente de éstas. El in-cumplimiento por parte de los propietarios de tal obligación constituye ra-zón suficiente para que las tierras caigan en el ámbito de aplicación del impuesto sobre tierras ociosas.

¹¹ García de Enterría y Fernández, *Ob. Cit.*, p. 115 ss.

De lo expuesto se deduce que el impuesto a las tierras ociosas constituye una sanción impuesta a todos aquellos propietarios de tierras, públicas o privadas que no califiquen como tierras productivas, pero que sean aptas para producir.

El mismo constituye un medio coercitivo que pretende impulsar la explotación agrícola, pecuaria y forestal, y por tal motivo, el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la función social de la propiedad.

2.2 ALGUNAS PRECISIONES E INTERPRETACIONES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD A LA LUZ DE NUESTRA CN POR PARTE DEL TSJ

Realmente veníamos adaptados a un sistema constitucional sobre la propiedad, diferente. Con los cambios sobrevenidos en la CN, muchas cosas se deben mirar ahora de diferente ángulo, estemos o no conformes con ellas, lo dicho explica por igual el vuelco dado en la jurisprudencia en la interpretación de la extensión, límites y contenido del Derecho de Propiedad.

Así por ejemplo la Sala Constitucional del TSJ en sentencia del 06 de abril del 2001, interpretó el artículo 115 CN, bajo los siguientes términos:

...el núcleo del derecho de propiedad está configurado no sólo por lo que subsiste de la noción que hizo fortuna a la sombra del Estado liberal, la cual consideraba al derecho de propiedad desde una posición abstracta como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes imponen para salvaguardar los derechos legítimos o intereses de terceros o de interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho de propiedad privada que se configura y protege, también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir. (TSJ, S. 6-04-01, en Pierre Tapia y transcrita por Faría V.).

Igualmente en otra interesante decisión de la Sala Constitucional del 24 de enero del 2002, se dispuso:

...No es que la interpretación constitucional de lo que es el Estado de Derecho prohíba el lucro, la ganancia o la libertad negocial, lo que sucede es que a juicio de esta Sala, la creación de riqueza y su justa distribución no pueden partir de una ilimitada y desorbitada

explotación de los demás y menos en áreas que por mandado constitucional pertenecen al Estado, o donde éste otorga a particulares concesiones; o los autoriza para que exploten dichas áreas o actúen en ellas, por lo que los particulares pueden crear en estos espacios autorizados riqueza propia, pero esta creación no puede ser en detrimento de quienes entran en contacto con las actividades que se realizan en ellas y que por ser atinentes a todos los venezolanos, mal pueden ser aprovechadas por algunos en desmedido perjuicio de los otros... (En Las respuestas del Supremo (TSJ) sobre la Constitución Venezolana de 1999, Govea & Bernardoni, La Semana Jurídica CA, Isbn 980-07-8272-9, Venezuela, 2002, p. 215.

En otro de sus fallos, la misma Sala Constitucional, fijando el alcance del derecho de propiedad, dispuso:

...En cuanto a la denuncia de violación al derecho de propiedad de la accionante, considera la Sala necesario señalar que si bien el artículo 99 de la Constitución de 1961 –artículo 115 del texto constitucional vigente– garantiza el derecho de propiedad, éste no es absoluto, y que se encuentra limitado por causas de utilidad pública o restricciones del interés general... (S. del 23-05-2001, exp. 00-0166 en Las respuestas del Supremo, *opus cit.* p. 240).

3. CONCEPTO, ELEMENTOS Y CARACTERES DEL DERECHO DE PERMANENCIA EN MATERIA DE DERECHO AGRARIO VENEZOLANO. SU INCIDENCIA EN TORNO AL DERECHO DE PROPIEDAD DE TIERRAS CON VOCACIÓN AGRARIA

Hechas las precisiones que anteceden, examinemos ahora lo que para la mayoría doctrinaria y en criterio jurisprudencial comporta el concepto de Derecho de Permanencia.

Su regulación con origen Constitucional:

Podemos decir que el sustento constitucional del Derecho de Permanencia Venezolano se encuentra en el artículo 307 CN, adinmiculado a lo que sobre materia agroalimentaria y régimen económico se contempla en los artículos 305 y 306.

El aludido artículo 307 *ejusdem*, dispone:

El régimen latifundista es contrario al interés social. La ley dispondrá lo conducente en materia tributaria para gravar las tierras

ociosas y establecerá las medidas necesarias para su transformación en unidades económicas productivas, rescatando igualmente las tierras de vocación agrícola. Los campesinos o campesinas y demás productores agropecuarios tienen derecho a la propiedad de las tierras, en los casos y formas especificados por la Ley respectiva. El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y particulares de propiedad para garantizar la producción agrícola. El Estado velará por la ordenación sustentable de las tierras de vocación agrícola para asegurar su potencial agroalimentario.

Observamos pues cómo el propio constituyente insiste en la necesidad y conveniencia de que los campesinos y productores rurales tienen derecho a la propiedad de las tierra con vocación agrícola, adversando con ello de un lado el latifundismo, en un todo ajustado a los principios y reglas de Ley y por otra parte promoviendo los desarrollos asociativos y formas particulares de propiedad que garanticen la producción agrícola.

A nuestro entender en forma clara, si bien no explícita, el constituyente dejó previsto que quien trabaja y cultiva la tierra, en una u otra forma (individual, asociativa o de maneras especiales) tiene derecho a que se le reconozca la propiedad y se le mantenga en su función productiva, en la medida, además, que se garantice una producción agraria, con fines no solamente económicos, sino primordialmente, como medio fundamental para atender de manera efectiva y eficiente la demanda alimentaria de la población del país¹² y para lo cual reputa afectado el uso de toda clase de tierras, con vocación para el desarrollo agroalimentario, que sin provocar un gravamen específico a la tierra, constituye una determinación de uso de tales tierras, *dentro de un marco jurídico diferente al del derecho común*, viniendo a ser sencillamente una más de las contribuciones, restricciones y obligaciones” con fines de utilidad pública o interés general de origen legal, a que la propiedad se encuentra sometida por definición de la propia Constitución (Artículo 115)”.

Continúa describiendo la misma Exposición de Motivos, que:

Los ciudadanos que se dediquen a la actividad rural agraria son sujetos beneficiarios del régimen establecido en el Decreto-Ley, y en tal sentido, en la medida de su aptitud para el trabajo agrario, pueden recibir adjudicaciones de la propiedad agraria.

¹² Exposición de Motivos del mentado Decreto con Fuerza de Ley, que acompaña la publicación del último citado instrumento, p. 12.

Su normativa legal

El complemento de todo el nuevo régimen del desarrollo de la propiedad de las tierras agrarias y del sistema agroalimentario que con ello se persigue, a nuestro entender lo coloca el constituyente y también el legislador en varias nuevas instituciones fundamentales y específicas, unas de las cuales son un nuevo concepto y ordenamiento de las tierras públicas y privadas que conforman el entorno del territorio nacional, dentro de lo cual se da preferencia a las que tienen vocación productiva agropecuaria.

A su vez, para garantizar el adecuado y efectivo uso de las que son de este último tipo, y que por tanto comprometen el desarrollo agroalimentario para el país, son objeto de una protección especial, bajo un régimen que impone el efectivo, mejor uso productivo, esto es, con especial miramiento a la productividad que se obtenga y logre.

Para desestimar la existencia de tierras ociosas, ubicadas dentro de las de índole productiva o con uso agroalimentario, se crea y establece el impuesto predial a las tierras ociosas, con lo cual se fomenta el uso realmente útil de las tierras productivas, o en su caso, se grava y castiga a quien las posea sin fin útil ni aporte el resultado de su explotación al sistema agroalimentario del país.

A su vez para sustentar ese desarrollo, se persigue la efectiva incorporación del campesino y los que tengan interés en desarrollar las actividades del campo, constituyéndoles en derechohabientes a la entrega de tierras cultivables, para las que demuestren aptitudes y condiciones de explotarlas de manera útil y provechosa, cuando las mismas pertenecen a cualquiera de los estratos públicos, preferiblemente para provocar desarrollos colectivos autosustentables, pero sin descartar la debida explotación individual.

Y en las tierras de índole privada, cuando las mismas no están siendo eficientemente explotadas por el propietario, les confiere el DERECHO DE PERMANECER EN ELLAS, entre otras y de manera primordial, aquellas que estén concedidas y entregadas a campesinos o cultivadores, no propietarios, (también pequeños o medianos productores) ocupantes a cualquier título, pero realmente cultivadores directos de la tierra, cuando como tales vienen ocupándolas a la fecha de promulgación de la LTDA, (Artículo 16 num. 2); de manera organizada como grupos o cooperativas, u otras organizaciones eco-

nómicas campesinas, por igual las ocupan con fines de producción agraria (Artículo 16 num. 3).¹³

Por igual, de manera expresa contempla también la Ley como beneficiarios del derecho de permanencia a los ocupantes con título, esto es, arrendatarios, medianeros y pisatarios, pequeños productores (que cultiven pequeños lotes) que ocupen tierras privadas denunciadas o señaladas como ociosas o incultas, aun durante los procesos de “intervención ex artículo 89 LTDA, o durante los procesos expropiatorios (Artículos 71 ss. *ejusdem*), hasta que los órganos de reforma agraria les confieran la efectiva adjudicación de tierras que ocupan o su reubicación en otras de iguales o mejores condiciones. (Artículo 18 LTDA).

Entendemos que la separación del resto de beneficiarios del Derecho de Permanencia (en lo adelante y para abreviar DP) contemplados en la Ley, se justifica en que aparentemente, en primer lugar, éstos no necesariamente deben demostrar siquiera su aptitud agroproductora; en segundo lugar que es una permanencia temporal y condicional, mientras duren sendos procesos especiales administrativos (intervención y/o expropiación) y siempre con miras a que en definitiva sean beneficiarios de adjudicaciones definitivas por parte del ente de la reforma agraria (en lo sucesivo INTI) en el mismo sitio u otro de iguales o mejores condiciones.

Por último y como categoría especial de ocupantes con derecho indiscutible a permanencia, se encuentra los **conuqueros** dentro de tierras públicas o privadas, que hayan permanecido beneficiándose como miniexplotadores de pequeños lotes de terreno, para atender a sus necesidades de vida propias y a las de sus familias, sean que tengan o no capacidad de explotación útil de dichas tierras (Artículos 20 y 19 LTDA).¹⁴

Finalmente también se garantiza la permanencia a “grupos de población asentados en tierras que han venido ocupando”, diríamos nosotros, independiente

¹³ Entendemos que tal grupo de sujetos protegidos tiene su razón de ser en la necesaria aclaratoria, de que nada importa que para el ejercicio del Derecho de Permanencia, se tenga que ser pequeño o mediano productor, pues aun siendo de mayor importancia o como grupo colectivo, si efectivamente la explotan razonablemente, merecen igual protección, independiente de la forma organizacional física o económica que tengan adoptada.

¹⁴ Somos de opinión de que este derecho se corresponde con la estricta extensión de terreno que es menester para subsistir, para lo cual además, obviamente el INTI determinará las reglas ajustadas para reducir a los mínimos necesarios dichas extensiones de terreno, o incorporar a tales beneficiarios del derecho, a otras categorías de sujetos beneficiarios más productivas.

de que lo sean para fines agroalimentarios o no, para atender con ello por igual, la necesidad y conveniencia de asentamiento de grupos poblacionales en zonas agroproductivas, más que con verdaderos fines de producción (Artículo 16, num. 1).

Ahora bien, precisa destacar en este estado de nuestras observaciones que ese DERECHO DE PERMANENCIA no es sólo una declaración normativa de un derecho subjetivo a permanecer vinculado a esos lotes de tierras en cada uno de los supuestos indicados, sino que apareja la protección ADJETIVA, de que si de alguna manera un ente del Estado, titular o agente de la función agroalimentaria, o cualquier particular, pretende arrebatarse, disminuirle o privarle total o parcialmente del uso y permanencia en ese trozo de tierra, cuente con los mecanismos procesales y judiciales para que ello sea impedido, o en su caso, para que se le restituya *ipso facto* de la correspondiente reclamación judicial en el mismo lote que venían ocupando o detentando.¹⁵

Por igual, y en tanto ahora la LTDA nada alude al respecto expresamente, entendemos que para que se suponga otorgado el derecho de permanencia a favor de tales beneficiarios es menester una cierta relación física y temporal entre los sujetos eventualmente protegidos por el ordenamiento y los espacios físicos de tierra cultivable, que deviene de una real y de alguna manera permanente relación de hecho entre aquéllos y la tierra, fundada en el trabajo en dicha tierra, de su cultivo o de su explotación agroproductiva, no de elementos y requisitos jurídicos, como los de la posesión ordinaria en los términos jurídicos del derecho común, o de organización administrativa del Estado, para que éste provea y atienda los cometidos que le son propios y tenga a la mano recursos pecuniarios y técnicos, que le permitan adquirir las tierras y efectuar la dotación, y así deducimos lo exigen disposiciones como las contenidas en los artículos 16, num. 2 y 3, y 20 LTDA.

Interpretación jurisprudencial del concepto

Partiendo de lo más reciente hacia el pasado, encontramos una sentencia de data actual emanada de nuestra Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia

¹⁵ Ya Román J. Duque Corredor, durante la vigencia de la anterior Ley de Reforma Agraria (1960, en lo sucesivo LRA) y de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios (1982, en lo adelante LOTA), destacaba que con el Derecho de Permanencia los beneficiarios campesinos, tienen una garantía judicial a través de una acción especial (Literal G, artículo 12 LOTA) que la propia normativa denominó “Acción de Permanencia Agraria” y cuyo objeto es obligar a los propietarios a cumplir con las obligaciones derivadas de un amparo agrario, de cesar en el desalojo y en las perturbaciones en contra del arrendatario, ocupante un predio rural y a *reconocer a éste su derecho a permanecer en dicho predio*”. (Derecho Agrario, Instituciones, Edit. Jdca. Alva, Venezuela, 1985, p. 339 ss.)

que apunta, afina y precisa el Derecho de Permanencia, su vigencia y efectos. Así el mencionado fallo estableció:

(...) no obstante la escasez de la normativa al respecto, que el derecho de permanencia agraria debe entenderse con amplitud y en sus particulares características desarrolladas por la doctrina, conforme a las cuales se trata de un especial derecho real inmobiliario que permite al sujeto-productor agrario colocado en determinada situación de hecho, de una parte, protegerse frente a los intentos de interrupción de su actividad, y de la otra, acceder a la propiedad del fundo en que la desarrolla de manera directa y efectiva, amplitud por la que puede extenderse la figura del acceso a la acción de permanencia incluso al sujeto con ocupación de origen contractual que sobrepase la calificación de pequeño o mediano productor y que resulta permitida según el encabezamiento del artículo 148 de la Ley de Reforma Agraria, donde se contempla el amparo para “toda persona”, y por el texto del literal c) del artículo 2º de la Ley de Reforma Agraria, donde se expresa que en atención a los fines perseguidos por la ley, se garantiza el derecho a los agricultores de permanecer en la tierra que están cultivando. De acuerdo con esos postulados, cuando la recurrida entiende que la norma del encabezamiento del artículo 148 de la Ley de Reforma Agraria no abarca el supuesto del caso concreto por tratarse de un productor que, aunque directo y efectivo y con ocupación de origen contractual, excede de la calificación de pequeño o mediano productor, la interpreta erradamente en su contenido y alcances, en concordancia con el literal g) del artículo 12 de la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios, en cuanto contempla éste en términos generales la posibilidad de ejercicio de las acciones derivadas del derecho de permanencia.

(Sala de Casación Social, Sentencia N° 219 del 09/08/2001).

Evidentemente que el fallo hace referencia la consagración del Derecho de Permanencia, tal como lo regulaba la derogada Ley Orgánica de Tribunales y Procedimiento Agrario, y la Ley de Reforma Agraria, más de la misma, en tanto no hay nueva definición ni supuestos que lo complementen en la ahora vigente LTDA, podemos precisar que el Derecho de Permanencia es un derecho REAL, INMOBILIARIO, de naturaleza subjetiva y adjetiva, en virtud del cual el beneficiario, sujeto productor agrario, se asegura no ser perturbado en su actividad agro- productiva, y además le confiere y permite acceder a su derecho de

obtener la propiedad de ese lote de tierra que viene cultivando, por vía de la imposición que hace la Ley al Ejecutivo para que provea a dotarlo.

Destacaba Duque Corredor.¹⁶

Es decir, alrededor de la ocupación ultra anual de un terreno rural, realizada en los términos del artículo 148 LRA, que haya sido reconocida en un amparo agrario, surge una situación jurídica de estabilidad de que la Ley protege, y que sus beneficiarios pueden reclamar. Pues bien, el medio de que dispone el agricultor, cuyo derecho de permanencia está reconocido en un amparo agrario, para lograr la protección que la citada Ley le acuerda, no es otro que el de una petición dirigida al Juez competente para obtener una decisión que obligue al propietario del predio rural a respetar aquel derecho, cesando en su perturbación o desalojo. Esa petición no sería otra cosa que una verdadera acción procesalmente hablando...

Y continúa Duque en párrafos siguientes:

Desde otro orden de ideas, por configurar el amparo agrario una obligación “propter rem especial” y porque con ella se pretende un derecho o el cumplimiento de una obligación respecto de un bien, cabe calificarla de acción real agraria y dentro de ésta evidentemente que tendría la categoría de una acción real inmobiliaria, no siendo posible incluirla dentro de las acciones posesorias, porque su fin no es propiamente la protección de la posesión, sino el cumplimiento de obligaciones reales por parte de los propietarios de terrenos...¹⁷

Seguidamente para complementar las ideas en torno al derecho de permanencia y su exigibilidad garantizada con la ejecución judicial observa el comentado autor:

Además de lo anterior, la acción de permanencia agraria constituye una acción de condena, porque su objeto es obtener una declaratoria judicial que condene al demandado a una pretensión a favor del demandante, es decir, una verdadera sentencia

¹⁶ *Ob. Cit.*, p. 340 ss. Advertimos que iguales criterios mantiene el citado autor en su obra *Derecho Procesal Agrario*, EJV y Fundación R. Goldschmidt, Isbn 980-6070-10-0, p. 125 ss. Venezuela, 1986.

¹⁷ La incluye Duque inclusive dentro de las llamadas “acciones de tenencia” *Ob. Cit.*, p. 341.

de condena que restituya la situación jurídica violada por el perturbador o desalojante.¹⁸

En ese estado de la doctrina nacional, por igual se entendía y reputaba como un requisito de procedencia del Derecho de Permanencia y la acción que lo amparaba a, que las autoridades agrarias competentes, hubieran declarado procedente el otorgamiento de un certificado de amparo administrativo provisional o definitivo a través de un procedimiento especial administrativo, tal como lo señala Duque.¹⁹

De lo antes dicho y del examen que se haga de la opinión de tan reputado autor, podemos deducir, que para el ejercicio de la acción de permanencia agraria, es menester que el demandante esté habilitado para obligar al propietario, y tal habilitación la obtendrá cuando la autoridad administrativa lo reconozca como beneficiario de un “amaro agrario” porque con su otorgamiento ha comprobado que llenaba las condiciones subjetivas y objetivas que establece la Ley, para conferir ese privilegio de permanencia, convirtiendo así dicho requisito en un elemento habilitante del ejercicio de la acción de permanencia.

De esa manera, se compaginaban por igual los intereses del beneficiario de la permanencia con los deberes de los órganos de la reforma agraria, en tanto, el mismo órgano que juzgaba y confería el amparo, era el obligado a asumir la responsabilidad ante el titular formal de la propiedad, la limitación de su derecho de propiedad, al impedirle entonces, ejercer la acción de desalojo o la de recuperación de su derecho de propiedad en plenitud, y proveer o tomar las medidas del caso para iniciar la expropiación de lo ajeno si fuere el caso, dejando así también a salvo los principios constitucionales de la protección a la propiedad privada.

Ahora bien, en el ordenamiento anterior, que no en el vigente, se planteaba, por razón de la redacción de la LRA, que el beneficiario de la Permanencia tenía derecho a permanecer en el lote ocupado directa y eficientemente por él, y hacia que se negara al eventual titular documental, real, el derecho a desalojarlo para poder tener realmente el *ius utendi* y *abutendi* de su propiedad, lo cual fue interpretado por jurisprudencia constante, que el Derecho

¹⁸ En ese mismo sentido se pronunció el Juzgado Superior Agrario con competencia nacional en fallo del 13-04-84, calificando la acción de “contenciosa de condena y por ende que daba derecho a la ejecución de los fallos en ellas dictados” Citada en Duque *Ob. Cit.*, p. 341, nota 1.

¹⁹ *Ob. Cit.*, p. 345.

de Permanencia fuera más bien un derecho pretensión del sujeto productor agrario, en las condiciones de ley, para que el Estado, en la medida de sus posibilidades y cometidos, expropiado que fuere la totalidad o parte del fundo agropecuario, le dotara en propiedad de la extensión productiva mínima determinada por la Ley.

Cedía así en todo caso el derecho del sujeto del Derecho de Permanencia ante el del Derecho de Propiedad real, quien hasta tanto no se viera indemnizado, no estaba obligado a permanecer privado de su propiedad, quedando en duda, si ante tal eventual conducta, y de ello derivara un perjuicio material cierto, que el sujeto del Derecho de Permanencia pudiese accionar inmediatamente contra el Estado o los órganos que tenían bajo su encargo el cometido de la Reforma Agraria.

Con tal interpretación evidentemente que se veía frustrada la expectativa del productor agropecuario de ver cumplido el mandato constitucional de que fuere dotado de la tierra que permanecía cultivando, incentivándolo con ello a continuar haciéndolo, y a mejorar su productividad con miras a tales expectativas.

La gran pregunta fue entonces, por qué no reputar realmente la existencia de los supuestos del Derecho de Permanencia, como una causa o motivo evidente, impuesto por el interés público y social, de una restricción al alcance del derecho de propiedad concurrente del particular afectado por esa ocupación del titular de la permanencia, que lo convirtiera en una efectiva restricción del derecho de usar y disponer de la cosa suya, a su real saber e interés, especie pues de sanción por permitir que la cosa suya hubiere permanecido con su voluntad o sin ella, por un tiempo considerable o efímero, en manos de una persona que no tenía relación jurídica alguna con el bien, pero que al menos desde el punto de vista agroproductivo obtenía mejor provecho para sí o para la colectividad al lograr eficientemente la exploración de ese espacio de suelo.

Entonces a diferencia de hoy, en que realmente puede ser aplicable el concepto de restricción del derecho de propiedad, y no siendo sólo una limitación, si de ello devenía un perjuicio al propietario formal al no poder disponer de su cosa (inmueble), le correspondía accionar para que el Estado la adquiriese mediante expropiación o arreglo amigable.

Hoy pues, en una mejor interpretación y buscando realmente el fin adecuado de la institución, crematísticamente, debemos sostener que la existencia de los supuestos del derecho de Permanencia declarados con lugar judicialmente, hacen nacer varias especies de derechos, vínculos y obligaciones, unas dirigidas al Estado, a quien interesa la actividad y el hecho jurídico, como even-

tual responsable del proceso agroproductivo alimentario a nivel general, y como tal interesado en proteger al sujeto productor; otro, dirigido al propietario real documental o inclusive poseedor confuso con el beneficiario de la permanencia, en virtud del cual se le impone ceder, disminuir, reducir los atributos del *ius utendi, fruendi y abutendi*, que le imponen la obligación de tolerar y aceptarlos por razón de no haber ejercido actos que le vincularan a la propiedad del suelo productivo con su conducta en términos razonables, lo que le hubieren convertido a él, en lugar del ahora beneficiario, ser detentador legítimo del derecho de permanencia de sus propias tierras y protegido de cualquier conducta extraña que procurara privarle del uso, posesión o atributos de su propiedad, finalmente también un mandato expreso de índole administrativa, exigiéndole al organismo oficial encargado del desarrollo agroalimentario (INTI) tome las medidas necesarias para que adquiera los residuos de ese derecho de propiedad limitado por hecho propio del titular real de la propiedad, con el fin, en definitiva, de provocar la dotación de esa porción de tierra a quien viene ejerciendo y realizando la explotación útil de la misma, esto es al tercero no propietario titular de la condición de beneficiario del derecho de permanencia.

Así planteadas las cosas, hemos sostenido al menos desde el punto de vista doctrinario que ante situaciones en las cuales se debate posesión o propiedad, frente a un beneficiario del Derecho de Permanencia, no puede imperar el ejercicio irrestricto del derecho o derechos de quien resulte titular de esa posesión o propiedad por legítima y justa que sea, ni aun no pudiendo el Estado cumplir el cometido de expropiar esos derechos, en todo o en parte, para que de tal forma pueda realizar la dotación al beneficiario de la permanencia.²⁰

A nuestro juicio, vincular el Derecho de Permanencia al solo nacimiento del deber del Estado de proveer a realizar los trámites necesarios para expropiar al particular afectado y con miras a ello realizar la dotación, sería la consagración de una verdadera falacia, en torno al Derecho de Permanencia, que pasaría entonces a convertirse en una mera quimera para el sujeto productor y colocarlo a la espera de que un Estado intolerante, lento y

²⁰ Largos y fructíferas conferencias y discusiones dogmáticas he sostenido con mis dilectos colegas Ali J. Ventura V., veterano y consumado académico agrarista y práctico abogado en ejercicio, y con el Doctor Sabino Garbán, colega y magistrado de la competencia agraria con largos y fructíferos años de experiencia, siempre con el propósito de lograr una mejor y más adecuada interpretación de la institución del Derecho de Permanencia a los intereses de todas las partes en juego y con miras a los principios de legalidad y justicia.

desordenado, para cumplir sus cometidos comience por contar con los recursos necesarios para iniciar una expropiación, seguir con un juicio, y finalmente negociar con el beneficiario su condición de ocupante definitivo del lote de terreno de que se trate.

Esta solución propuesta, a la luz del vigente ordenamiento de la LTDA, resulta mucho más justa y adecuada que la derivada de la anterior LRA y LOTPA, la que al fin terminaban en la mayoría de los casos creando falsas expectativas para el productor, y una quimera ante el interés de velar realmente por la producción agroalimentaria del país.

4. LA DELICADA SITUACIÓN DEL DERECHO DE PERMANENCIA TAL COMO SE LO REGULABA EN LA LRA

Ya hemos comentado las diferencias en la regulación del Derecho de Permanencia en la LTDA y en la antigua LRA, precisando ahora, que si bien a pesar de ser un instrumento más moderno la LTDA que la anterior LRA, no se usa expresamente el concepto de “Permanencia”, como un derecho claramente exigible, o una acción que lo ampare, ello no desmerita el reconocimiento y existencia de la Acción de Permanencia en la LTDA.

En efecto, primero, porque, expresamente se lo contempla en el artículo en el capítulo relacionado con las acciones ante la Competencia Agraria; y segundo, porque, sustantivamente, como lo hemos dejado reseñado, claramente el legislador señala los sujetos beneficiarios de esa permanencia, y cuáles supuestos procede reconocerla.

Lo que sí puede resultar cierto es que ahora nada dice la LTDA sobre el Amparo Agrario, y adicionalmente sustituyó por otros órganos e instituciones la figura del Procurador y la Procuraduría Agraria.

Para nosotros, lo que también resulta verdad es que ahora no puede el INTI, en forma alguna juzgar, calificar o establecer los supuestos del Derecho de Permanencia, como tampoco otorgar AMPARO AGRARIO, al menos en tierras de propiedad privada, y menos aún sostener de alguna manera seria, que las célebres “cartas agrarias” de tanta desafamada progenie en el campo del Derecho Agrario actual, son amparos, constituyen concesión de Derechos de Permanencia ni mucho menos.

Pero analicemos mejor las cosas, y veamos, que el antiguo artículo 148 LRA en su redacción creaba una serie de problemas en el orden interpretativo, que

en su momento fueron grave traba para el reconocimiento y concesión del Derecho de Permanencia.

Así, cuando dicha disposición reconocía al IAN la facultad de conocer de las solicitudes de desalojo, determinaba que era ese órgano quien lo analizaba y resolvía, y en su caso, de acordarlo, debía por igual dotar al ocupante, pero por el contrario también si lo negaba, parecía entonces venir obligado a disponer la adquisición del fundo o lote al particular arrendatario, so pena de pisotearle su derecho de propiedad.²¹

No se pensó entonces en ninguna fórmula intermedia, justa y que preservara el interés agropecuario, como hubiera podido ser, reputarlo una violación de una restricción al derecho de propiedad, constitucionalmente favorecida y facilitar la imposición de dotaciones voluntarias del particular al o a los ocupantes, o finalmente, reputar pertinente y procedente la expropiación e imponer por la vía judicial que el Estado adoptara los mecanismos financieros necesarios para cancelar los compromisos de ellos derivados.

5. LOS EFECTOS DEL DERECHO DE PERMANENCIA REGULADOS EN LA LTDA

Tal como lo hemos esbozado en parte en líneas anteriores, con la promulgación de la CN y la LTDA, las cosas a nuestro entender en cierto modo se han aclarado un poco, si bien puede serlo en detrimento del derecho de propiedad privada, pues ciertamente que de hecho, sabemos que en la práctica las cosas no han venido ocurriendo como deben, ni el INTI ha procurado recursos para destinarlos efectiva y eficientemente para lograr la adecuada Permanencia de los sujetos agroproductores, y una vez más se ha hecho de la labor productiva en el campo un encarnizado ámbito para la demagogia y la politicastrería.

En efecto, entendiendo ahora que la CN claramente contempla como limitantes a la propiedad, tal cual se la regula en la nueva visión política del país, la existencia de causas de restricciones, y si bien ello puede aparejar pago de indemnizaciones, es evidente que cuando la Ley contempla supuestos de pertinencia y procedencia del Derecho de Permanencia, este sustancial y adjetivamente se conforma y se hace imperativo su respeto. En ese caso, evidentemente, el Juez dispondrá la procedencia de la acción de permanencia, impedirá por toda vía de derecho el desalojo, desocupación o entrega de

²¹ Para profundizar sobre el tema, véase Duque Corredor, Román J. *Derecho Agrario, Estudios Seleccionados*, Editorial Magón, Venezuela, 1978, T. II, p. 79 ss.

lo ocupado por los titulares de la Permanencia, y en todo caso dejará a salvo el mejor derecho del particular afectado de recurrir por la vía pertinente en reclamo de lo que pueda corresponderle como contravalor por esa restricción impuesta a su propiedad, y declarada judicialmente procedente.

Para evitar abusos será el Juez quien deba calificar si existen o no los supuestos de la permanencia, a cuáles sujetos en concreto corresponde, y si lo son individual, o colectivamente beneficiarios, la extensión y límite de lo que a cada uno corresponda, y tomará las medidas para dejar fe de los datos del estado y condiciones de la propiedad que esté afectando o restringiendo, para el futuro juicio de reclamación frente al Estado, si fuere pertinente.

A nuestro modo de ver, en ese proceso, debe concurrir el INTI, no sólo con el objeto de contradecir o apoyar el reclamo de la procedencia de la permanencia, sino inclusive para que dicho ente pueda provocar una salida conciliatoria favorable a los intereses de las partes en litigio (dotación voluntaria) o que siendo el caso, repunte por el contrario pertinente un proceso de rescate o de intervención o en fin, inicie y continúe una expropiación total o parcial del fundo afectado.

Despejadas las dudas y dados los supuestos, el Tribunal pronunciará su fallo declarativo de la existencia de la Permanencia, y a la vez, de eventual condena por daños contra el propietario que hubiere provocado daño o desconociere los efectos de la permanencia temporal acordada por vía de cautela innominada.

CONSIDERACIONES FINALES Y CONCLUSIONES

1.- A nuestro juicio resulta del todo evidente que el ordenamiento Agrario actual reconoce el Derecho de Permanencia y provee a los mecanismos procesales para su eficaz protección, y ello con bases constitucionales y legales ciertas y claras (Artículo 115 y 357 CN y Artículos 17, 18, 20 y 212 de la LTDA).

2.- La razón y justificación de la existencia de ese derecho encuentra soporte en los motivos de interés general y utilidad pública para garantizar la producción agroalimentaria y que hacen imponer ciertas restricciones al derecho de propiedad sobre tierras aptas para cultivo agroalimentario, previo el cumplimiento de requisitos formales que deben conferir seguridad a los particulares para conocer cuáles tierras lo son y qué parámetros las hacen aptas para cultivos agroalimentarios.

3.- El reconocimiento de la existencia de ese Derecho y Acción de Permanencia en absoluto puede estimarse desestime el especial valor del derecho de propiedad como digno de reconocimiento en nuestro sistema constitucional, y sin que por ello el mismo se vea disminuido o mermado a tal extremo de que deba reputarse ha quedado fuera de los conceptos fundamentales para incentivar la producción económica y otros valores en el país, sino que tales limitaciones encuadran perfectamente en los nuevos conceptos de racionales del derecho de propiedad, y debe reputarse en concreto como “una justificada restricción al derecho de propiedad de tierras aptas para el cultivo agroalimentario”, y las cuales ameritan en todo caso eventual indemnización.

4.- El Derecho de Permanencia hoy, para mayor garantía a los particulares propietarios de las tierras con vocación agroalimentaria, queda a la determinación y control del Poder Judicial, mediante el proceso ordinario judicial agrario (no es juicio especial, ni tiene rito procesal excepcional).²²

Resultan ajenos y viciosos los procedimientos y prácticas administrativas que de alguna manera procuran regirlo o manejarlo vía cartas agrarias, o actos administrativos similares, carentes de toda sustentación legal, aun en los casos de procesos de recuperación de tierras o en los de intervención administrativa de las mismas.

5.- Ciertamente que en el estado actual de evolución de nuestro sistema político, el Derecho de Propiedad como tal, viene afectado con mayor incidencia que antes, por razón de limitaciones y restricciones en sus atributos y efectivo ejercicio, ello producto del cambio de patrones filosóficos, que han venido colocando el Derecho de Propiedad ya no como un derecho fundamental, sino como adecuadamente lo cataloga la doctrina especializada como garantía esencial entre los Derechos del Hombre, y el mismo debe ser aceptado y regulado como un factor que mejora, enaltece o recalca su independencia, autonomía y existencia, pero sometido a las limitaciones del interés general, la utilidad pública y el beneficio del colectivo.²³

²² Véase para ampliar Édgar Núñez Alcántara. *El Nuevo Proceso Agrario en Venezuela, Memorias del Congreso Latinoamericano de Derecho Procesal*, Acamid, Isbn 980-389-069-7, Venezuela, Mérida 2002, p. 202.

²³ En torno a la posición conceptual sobre la conveniencia o no de los cambios en el Derecho de Propiedad y con examen de numerosos supuestos y apoyo doctrinario, véanse los trabajos de Viso, Ángel Gabriel. *El Derecho de Propiedad en la V República*, Colección Libros Homenaje, N° 5, V. II, Libro Homenaje a José L. Aguilar G., Publicaciones TSJ, Venezuela, 2002 y J. Eloy Anzola E. *¿Se justifica la Propiedad Privada?* en Tomo I, *El Derecho Privado y Procesal en Venezuela*, Homenaje a Gustavo Planchart M, Edic UCAB, Esch. Tinoco, Travieso, Planchart, 2003, Venezuela, Isbn 980-244-355-7, p. 51 .ss.

La propiedad de las acciones del Banco Central de Venezuela

Visión *iusprivatista* de la nacionalización de la banca central

Natalia BOZA SCOTTO*

SUMARIO:

Presentación

- 1. Premisa introductoria: comentarios de la doctrina patria acerca de las nacionalizaciones de la década de los setenta.**
- 2. Las acciones del Banco Central de Venezuela: de cosas de tráfico jurídico restringido a cosas de tráfico prohibido.**
- 3. El aparente diferimiento de la transferencia del derecho de propiedad a la República.**
- 4. La adquisición originaria e inmediata del derecho de propiedad a partir del Decreto-Ley N° 507.**
- 5. Acerca de la interpretación del artículo 100 del Decreto-Ley N° 507.**

Conclusión

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Lic. en Comunicación Social (1994). **Universidad Central de Venezuela**, Abogada *Summa Cum Laude*, rango 1/274 (2001). Centro de Estudios de Postgrado, Especialización en Derecho Procesal, Cursante. Escuela de Derecho, Profesora de Contratos y Garantías (2001-2003). **Tribunal Supremo de Justicia**, Sala Constitucional, Abogada.

PRESENTACIÓN

En el transcurso de la historia reciente de Venezuela, uno de los eventos con mayor trascendencia económica para el país ha sido, indudablemente, el conjunto de nacionalizaciones de la década de los setenta, muchas de las cuales han sido analizadas por reconocidos juristas; de un lado, las comentadas nacionalizaciones de las industrias del gas natural, del hierro y del petróleo; del otro, una nacionalización o estatización¹ que pasó inadvertida para la doctrina jurídica patria: la del Banco Central, creado el 08 de septiembre de 1939.²

Debe recordarse que en la Venezuela de los años treinta, tras la muerte de Juan Vicente Gómez y el fin de su régimen autocrático (1908-1935), el Estado inició un proceso de democratización en el que se promovió un proyecto innovador: la creación de una banca central, con capital mixto, que entre otras funciones concentrara la emisión de billetes, hasta entonces encomendada a unos pocos bancos privados.³

Sobre el escenario de aquel momento, según relata el doctor Rafael Crazut en entrevista concedida a la autora el 31 de agosto de 2004, la fuerte oposición que esta iniciativa generó en los banqueros fue contrarrestada con una efectiva campaña promocional que exaltó la importancia de tal Instituto⁴ y caló en el ánimo de los venezolanos; en este sentido, en el Prospecto de suscripción

¹ En sentido estricto, la estatización “[...] alude a la asunción por parte del Estado –y por extensión de las corporaciones públicas– de la propiedad y gestión de empresas económicas” (Manuel García-Pelayo en Armando Rodríguez García: *Delimitación jurídica de la nacionalización en el Derecho venezolano*, en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Volumen 3, Tomo 1, 1972-1979. Caracas, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1981, p. 115).

² *Gaceta Oficial* de los Estados Unidos de Venezuela N° 19.974.

³ “Como había sido característico en otros países que carecían de banco central, regía en Venezuela un sistema de pluralidad de emisión, mediante el cual algunos bancos comerciales podían emitir sus propios billetes [...]”.
[Omissis]

Por los años de 1939 y 1940 circulaban en el país billetes emitidos por el Banco de Venezuela, Banco Venezolano de Crédito, Banco Mercantil y Agrícola, Banco de Maracaibo, Banco Comercial de Maracaibo y Banco Caracas” (Rafael Crazut: *El Banco Central de Venezuela. Notas sobre su historia y evolución. 1940-1990*, Colección Cincuentenaria. Caracas, Banco Central de Venezuela, s/f, pp. 37-39).

⁴ Entre las innumerables noticias sobre la inminencia de lo que sería la II Guerra Mundial (1939-1945), el diario *La Esfera* informó que “...después de una lucha cerrada y continua, tanto en las Cámaras como en la prensa, el Proyecto de Ley de Banco Central de Emisión fue aprobado en tercera y última discusión por la Cámara del Senado. El espíritu del Proyecto fue extensamente discutido [...]. Dos corrientes se pronunciaron vigorosamente y al fin triunfó aquella que ha de favorecer, sin duda, no sólo al público sino a las mismas instituciones bancarias” (*La Esfera*, 12 de julio de 1939, p. 1, “El Banco de los Bancos”).

pública de la mitad del capital social del Banco Central de Venezuela –exitoso instrumento publicitario–, elaborado por la Comisión Organizadora el 12 de octubre de 1939, se destacó que, si bien se ofrecía una inversión sólida y productiva, se solicitaba la “[...] *colaboración de buena voluntad y de patriotismo para una empresa de alto interés general, que habrá de redundar, sin duda, en prestigio para la Nación*”.⁵

Con el ofrecimiento al público de la mitad del capital social del Banco se abría un cauce de participación en el ámbito económico... aún incipiente en lo político, en el que afán de lucro y, sobre todo, sentimiento nacionalista confluyeron en la voluntad de las 10.818 personas que, finalmente, adquirieron el 50% de las acciones del Banco. Posteriormente, el 15 de agosto de 1940, en el local conocido como Pabellón del Hipódromo, al lado del Hipódromo Nacional de El Paraíso, se celebró la Asamblea Constitutiva,⁶ cuya acta fue inscrita en el Registro de Comercio que llevaba el Juzgado de Primera Instancia en lo Mercantil del entonces Distrito Federal.⁷

Treinta y cinco años después, en 1974, la República proyectaba nacionalizar el Banco Central de Venezuela, así como lo había hecho con la industria del gas natural y como lo haría con la industria del hierro y del petróleo.⁸ La Ley del Instituto financiero de ese año, dictada mediante el Decreto-Ley N° 507 del 30 de octubre de ese mismo año,⁹ reservó a la República la propiedad sobre las acciones del Banco¹⁰ y previó que la supuesta transferencia de su

⁵ Manuel Egaña: *Documentos relacionados con la creación del Banco Central de Venezuela*, Tomo II, Colección Económico Financiera, Serie Histórica. Caracas, Banco Central de Venezuela, 1996, pp. 125-126.

⁶ Rafael Crazut, *Op. Cit.*, p. 82.

⁷ Manuel Egaña, *Op. Cit.*, Tomo II, p. 225.

⁸ No obstante, el 29 de octubre de 1974, el diario *El Nacional* informó que “[...] *el Banco Central no será estatizado, pues el Proyecto de Ley que reforma la Ley del instituto emisor que hoy considera el Consejo de Ministros, descarta el control total del banco por parte del gobierno [...] si bien se hacen modificaciones importantes, el Banco Central no será estatizado y, mucho menos, pasado a la Presidencia de la República*” (*El Nacional*, 29 de octubre de 1974, p. A-1, “No será Estatizado el Banco Central”).

⁹ *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 1.706 Extraordinario, del 26 de noviembre de 1974, reimpresa por error de copia el 30 de diciembre del mismo año, en *Gaceta Oficial* N° 1.711 Extraordinario.

¹⁰ “*El Secretario General de la Presidencia, doctor Ramón Escovar Salom, informó a los reporteros en el Salón Pantano de Vargas, del Palacio de Miraflores, las cuestiones aprobadas en la forma siguiente: [Omissis]*

Se aprobó –dijo RES–, un Decreto mediante el cual se reforma la Ley del Banco Central de Venezuela; a través de esta reforma se define el Banco Central de Venezuela como una persona jurídica pública, manteniéndose su forma de compañía anónima y cuyas acciones no podrán ser propiedad de ninguna persona natural o jurídica a excepción del Estado” (*El Nacional*, 31 de octubre de 1974, pp. A-1 y D-1. “Estatización del Banco Central”).

titularidad se verificara a través de convenios celebrados con sus “propietarios”, o del procedimiento expropiatorio, al cual debió acudir para “adquirir” el 17,77% de las acciones que fueron suscritas por el público, correspondientes a 2.366 personas que, en general, estimaron más valioso el recuerdo de su contribución a la patria... de su participación económica, que la compensación por su mínima participación accionaria.

Siendo la ocasión de rendir homenaje al profesor Gert Kummerow, cuyas enseñanzas en el área de bienes y derechos reales han recorrido innumerables aulas de clase, considerando que, casualmente, este año se cumplen 65 años de la Ley de creación del Banco Central de Venezuela y 30 del Decreto-Ley que lo nacionalizó, aunado a la ausencia de estudios sobre el tema, resulta de interés examinar la incidencia del referido Decreto-Ley N° 507 en el tratamiento jurídico de la titularidad del derecho de propiedad sobre las acciones de dicho Instituto, pese a que, desde 1992, dejó de revestir la forma de compañía anónima y, por tanto, dichas acciones son inexistentes en la práctica.

1. PREMISA INTRODUCTORIA: COMENTARIOS DE LA DOCTRINA PATRIA ACERCA DE LAS NACIONALIZACIONES DE LA DÉCADA DE LOS SETENTA

A los fines del presente trabajo, en que se ofrece un análisis de la nacionalización del Banco Central de Venezuela desde la perspectiva del Derecho Privado, interesa exponer algunas de las ideas expresadas por la doctrina nacional sobre los procesos de nacionalización que se efectuaron en el país durante la década de los setenta.

En este orden de ideas, y sin pretender un estudio exhaustivo sobre el tema, cabe señalar que, si bien la doctrina reconoce que no existe un concepto unívoco de nacionalización, pues en el Derecho Comparado, la misma ha asumido distintas características y efectos, Araujo García y Salomón de Padrón ofrecen la siguiente sistematización de diferentes definiciones aportadas por la doctrina extranjera respecto de dicha figura:

- 1.- Las definiciones de Morandier(sic), Rivero, Chenot y Novoa, establecen como objeto del acto nacionalizador a empresas privadas para convertirlas en empresas del Estado, o la transferencia de la propiedad de éstas a la colectividad. En todo caso, debe destacarse que siempre está, como eje de la concepción de la nacionalización, el elemento empresa.

2.- En la definición de Laufenburger se hace referencia en cuanto al objeto a 'bienes privados' que pasan a la colectividad, agregando el concepto aportado por el Instituto de Derecho Internacional, que estas medidas pueden recaer sobre bienes privados y, además, sobre derechos privados.

3.- De acuerdo con la definición de Katzarov, dentro del mecanismo nacionalizador, la adquisición de la propiedad de parte del Estado debe tener un carácter originario, esto es, que el Estado se convierte en propietario en virtud de la Ley.¹¹

Por otra parte, según Urdaneta Troconis habrían dos formas de nacionalización: una sobre bienes y otra sobre actividades económicas; en ambos casos, se trataría de una figura compuesta por dos subfiguras: una, de alcance general, que es la exclusión genérica de una categoría de bienes o de actividades del ámbito jurídico en que pueden actuar los particulares y la asunción correlativa por el Estado de las mismas; y otra, de alcance individual, que sería la privación particularizada de otros bienes y derechos no afectados directamente por aquélla, pero vinculados funcionalmente a la explotación o uso de los bienes o actividades excluidos genéricamente, y que el Estado decide adquirir.¹²

En el caso de Venezuela, las nacionalizaciones de las industrias del gas natural, del hierro y del petróleo, fundamentalmente las dos últimas, se realizaron mediante procesos complejos, pues se trataba de actividades económicas previamente ejercidas por los particulares y luego reservadas al Estado. La doctrina patria sostiene que tales nacionalizaciones estaban compuestas de distintas etapas o elementos: según Sansó, se verificaron tres fases consecutivas, propias de toda nacionalización, a saber:

[...] es necesario en primer lugar que exista un acto del Estado mediante el cual se prohíba a los particulares la realización de determinadas actividades, lo cual comporta la prohibición de asunción por parte de éstos de nuevas actividades en ese determinado campo económico, así como la cesación de las que hasta ese momento habían venido desarrollando.

¹¹ Ana Elvira Araujo García y Magdalena Salomón de Padrón: *Estudio comparativo entre la nacionalización y la reserva, la expropiación, la confiscación, la requisición y el comiso*, en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Volumen 3, Tomo 1, 1972-1979. Caracas, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1981, p. 129.

¹² Gustavo Urdaneta Troconis: *Algunos Aspectos Teóricos de las Nacionalizaciones*, en *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Volumen 3, Tomo 1, 1972-1979. Caracas, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1981, p. 97.

La segunda fase es la transferencia al Estado de los bienes de las empresas que realizaban esas actividades ahora reservadas. Esta fase apropiativa por parte del Estado se realiza mediante un procedimiento ablativo (generalmente la expropiación), que puede dirigirse directamente sobre los bienes considerados en su conjunto, es decir, como una universalidad (*uti universitas*) o también sobre la empresa considerada como entidad jurídica, mediante la transferencia coactiva de la titularidad del capital.

En todo caso, tanto si se realiza la transferencia coactiva de las acciones al Estado, como del conjunto de bienes que constituyen los medios de producción de la empresa, el objetivo del Estado es tomar a cargo la empresa entendida como unidad económica productiva, con el fin de continuar la explotación de la misma.

La tercera fase de la nacionalización es naturalmente la asunción por parte del Estado de la actividad económica reservada, normalmente a través de organismos específicos de carácter público.¹³

En este mismo sentido, Urdaneta Troconis afirma que la nacionalización está compuesta, necesariamente, por dos elementos:

1.- Exclusión total de una categoría de bienes o de actividades económicas, según los casos, del ámbito de aplicación posible del derecho de propiedad privada o de la libertad económica de los particulares, respectivamente; al mismo tiempo que se atribuye al Estado la titularidad exclusiva sobre tales bienes o la facultad también exclusiva de realizar dichas actividades.

[*Omissis*]

2.- Transferencia forzosa al Estado de ciertos otros bienes y derechos relacionados con los bienes o actividades objeto de la exclusión, transferencia justificada en el hecho de que se trata de bienes, instalaciones u otros derechos que habían sido destinados, por los particulares afectados, a la utilización o explotación de aquéllos, respectivamente; no se trata, pues, de los bienes que son objeto

¹³ Benito Sansó: *Aspectos jurídicos de la nacionalización de la industria del hierro en Venezuela*, Colección Monografías, N° 8. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1977, pp. 13-14.

principal y directo de la medida de nacionalización, sino de otros bienes accesorios a aquéllos.

[*Omissis*]

Sin embargo, hay que insistir en que [...] ambos elementos son esenciales a la figura de la nacionalización como mecanismo concreto de incidencia estatal en los derechos patrimoniales analizados. En caso de que se diera uno solo de ellos, no se estaría en presencia de una verdadera nacionalización, sino de una simple medida de reserva o de una simple declaratoria de dominialidad pública, por un lado, o de una simple expropiación, por el otro.¹⁴

En general, los autores sostienen que el ordenamiento jurídico venezolano no consagró la nacionalización, entendida en sentido estricto, como una figura autónoma que permita la transferencia forzosa de derechos al Estado; en primer lugar, la nacionalización no estaba prevista en la Constitución de 1961, como tampoco lo está en la Constitución de 1999; en segundo lugar, los instrumentos legales a partir de los cuales operó la nacionalización de las industrias del gas natural, del hierro y de los hidrocarburos previeron otras figuras jurídicas tradicionales: la reserva, principalmente, además de la expropiación.

2. LAS ACCIONES DEL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA: DE COSAS DE TRÁFICO JURÍDICO RESTRINGIDO A COSAS DE TRÁFICO PROHIBIDO

En el período presidencial de Eleazar López Contreras (1936-1941), el Congreso de la República sancionó la Ley que creó el Banco Central de Venezuela, con funciones de regulación y control de la economía nacional, la cual fue promulgada el 08 de septiembre de 1939.

Dicho instituto financiero revistió la forma de compañía anónima (artículo 1) de participación mixta: la mitad de su capital social correspondía a la República, y la otra mitad, a los particulares; en este sentido, el artículo 6 de la referida Ley dispuso que el Gobierno Nacional¹⁵ suscribiría siempre la mitad del capital del Banco, y la otra mitad se ofrecería a suscripción del públi-

¹⁴ Gustavo Urdaneta Troconis, *Op. Cit.*, pp. 76-78.

¹⁵ En distintas disposiciones, el legislador se refirió al Gobierno Nacional, cuando lo adecuado era mencionar a la República, por ser ésta quien tiene personalidad jurídica.

co. Tal proporción se mantuvo en la Ley del Banco Central promulgada el 05 de diciembre de 1960,¹⁶ cuyo artículo 6 también estableció que las acciones del Instituto siempre corresponderían al “Estado”, en un 50%, y al público, en el 50% restante.

De acuerdo con la Ley de 1939, los diez millones de bolívares que constituían su capital social (artículo 3) fueron divididos en 100.000 acciones, cada una de las cuales tenía un valor nominal de 100 bolívares (artículo 10).

Ahora bien, siguiendo la *summa divisio* de los bienes,¹⁷ el artículo 525 del Código Civil clasifica en muebles o inmuebles aquellas cosas¹⁸ que pueden ser objeto de propiedad, pública o privada. En cuanto a las primeras, el artículo 531 *eiusdem* dispone que los bienes son muebles por su naturaleza, por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la Ley; al respecto, la doctrina patria sostiene que:

Con el solo fin de evitar las posibles confusiones terminológicas generadas por la construcción de la citada norma (artículo 531 del Código Civil), en la actualidad se prefiere distinguir dos clases genéricas dentro de la categoría de los muebles:

- 1.- Los *muebles por naturaleza* (muebles corpóreos), y
- 2.- Los *muebles incorpóreos* (muebles por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la ley).¹⁹

Conforme con lo anterior, las referidas 100.000 acciones del Banco Central eran bienes muebles incorpóreos, tal como lo establece el encabezado del artículo 533 del Código Civil, según el cual son muebles por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la Ley, entre otros, las acciones o cuotas de participación en las sociedades civiles y de comercio, aunque estas sociedades sean propietarias de bienes inmuebles.

¹⁶ *Gaceta Oficial* N° 654 Extraordinario.

¹⁷ Según los hermanos Mazeaud, “[...] la clasificación en muebles e inmuebles aparece, en derecho francés, como la *summa divisio de las cosas*” (Henri, Léon y Jean Mazeaud: *Lecciones de Derecho Civil*, Parte Primera, Volumen I, traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, pp. 337).

¹⁸ En el presente trabajo, los términos cosas y bienes se usan de manera indistinta.

¹⁹ Gert Kummerow: *Bienes y Derechos Reales. Derecho Civil II*, 4ª edición. Caracas. Mc Graw Hill, 1997, p. 69.

Pero más allá de su clasificación como bienes muebles incorpóreos, interesa destacar su susceptibilidad de tráfico jurídico; a tal efecto, resulta indispensable diferenciar las 50.000 acciones que necesariamente debió suscribir la República, de las 50.000 que fueron ofrecidas en venta a los particulares.

En cuanto a las primeras, el artículo 8 de la Ley de 1939 impidió al “*Gobierno Nacional*” enajenar las acciones correspondientes a la mitad del capital social, adquiridas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 *eiusdem*, de tal forma que la participación accionaria de la República no podía ser inferior al 50% de dicho capital.

Tal prohibición de enajenar permite clasificar esas 50.000 acciones suscritas por la República como cosas de tráfico jurídico prohibido, que son aquellas respecto de las cuales, sin estar fuera del comercio por su naturaleza o por su destino, existe una prohibición de enajenar, absoluta o relativa, que obedece a motivos de seguridad o salud pública, o bien a razones económicas o artísticas, entre otras;²⁰ en el mismo sentido, Kummerow sostiene que las cosas de tráfico jurídico prohibido están sometidas a una prohibición legal que elimina definitivamente su aptitud para integrar objetos de negocios jurídicos.

No obstante, el mismo Kummerow incluye, entre las *res extra commercium* o cosas no susceptibles de tráfico, una categoría que no es referida por Castán Tobeñas o por Aguilar Gorrondona, pues además de las cosas sustraídas de modo absoluto a la apropiabilidad tanto por su naturaleza como por su destino, menciona los bienes inembargables e inalienables por disposición de la ley.²¹ De acuerdo con tal posición, podría afirmarse que las 50.000 acciones correspondientes a la República eran bienes *extra commercium* y no de tráfico prohibido; sin embargo, ello no parece adecuado porque, en principio, todas las acciones eran susceptibles de tráfico jurídico, lo que permitió ofrecer parte de ellas a los particulares, aunque la Ley estableció determinadas restricciones y prohibiciones; en este caso, la prohibición de enajenar las 50.000 acciones que necesariamente debían pertenecer a la República, contenida en el artículo 8 de la Ley de 1939.

Ciertamente, la República podía adquirir una cantidad mayor a las mencionadas 50.000 acciones, pues, según lo dispuesto en el artículo 7 de la referida Ley, el 50% del capital social que podía ser suscrito por el público, sería

²⁰ José Castán Tobeñas: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, 6ª edición. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1943, p. 275.

²¹ Gert Kummerow, *Op. Cit.*, pp. 42-43.

ofrecido dentro de un plazo que habría de fijarse y que, una vez vencido, el “*Gobierno Nacional*” adquiriría aquellas acciones que no hubieren sido suscritas, “*a reserva de enajenar el exceso procedente de esta última adquisición, cuando tuviere compradores*”. Como se observa, la República podía tener una participación accionaria mayor al 50% del capital social del Banco, aunque ese excedente no estaba sometido a la prohibición de enajenar establecida en el artículo 8 de la Ley.

Por su parte, las acciones cotizadas en el mercado eran susceptibles de tráfico jurídico, a pesar de la limitación legalmente determinada, en cuanto a la cantidad que podía ser suscrita por cada particular, pues el artículo 11 de la Ley de 1939 estableció que, con excepción del “*Gobierno Nacional*”, ninguna persona natural o jurídica podría ser propietaria de más de 100 acciones del Banco, con lo cual se pretendió “*evitar que el capital pudiera concentrarse en pocas manos*”.²²

Adicionalmente, la Ley restringió la facultad de los particulares que adquirieron las 50.000 acciones del Banco, de disponer jurídicamente de su derecho de propiedad, al exigir la aprobación del Directorio para poder enajenarlas (artículo 10). Por lo tanto, si bien las acciones no fueron sustraídas de los negocios jurídicos traslativos, su validez quedó condicionada a dicha aprobación. En consecuencia, las acciones del Banco Central de Venezuela que fueron ofrecidas en venta al público podían considerarse cosas de tráfico jurídico restringido, esto es, pudiendo en principio ser *res in commercium*, de acuerdo con lo señalado en el artículo 6 parte *in fine* de la Ley de 1939, sus artículos 10 y 11 impusieron prohibiciones que limitaron su aptitud para constituir objetos de negocios jurídicos.

Sin embargo, la Ley no impidió que personas extranjeras suscribieran acciones del Instituto, como lo previeron los Proyectos de Ley del Banco Central de Venezuela conocidos como Proyecto Alvarado y Proyecto Pérez Dupuy. El primero de ellos, en su artículo 13, prohibía la transferencia de las acciones a “*Gobiernos extranjeros*” o a “*personas naturales o jurídicas, que en una u otra forma sean agentes u órganos de Gobiernos extranjeros*”; mientras que el segundo, en su artículo 4, primer aparte, únicamente permitía que fueran adquiridas por venezolanos.²³ Dicha limitación no fue incluida en el Proyecto presentado por el Poder Ejecutivo y acogido por el Legislativo.

²² Rafael Crazut, *Op. Cit.*, p. 66.

²³ Manuel Egaña, *op. Cit.*, Tomo I, pp. 68 y 85.

El tratamiento jurídico del 50% de las acciones del Instituto financiero, previamente ofrecidas en venta al público, sufrió modificaciones en el año 1974 cuando, el 30 de octubre, Carlos Andrés Pérez emitió el Decreto-Ley N° 507, mediante el cual dictó una nueva Ley del Banco Central de Venezuela, con base en lo dispuesto por el artículo 1°, numeral 1 de la Ley Orgánica que lo autorizó a dictar Medidas Extraordinarias en Materia Económica y Financiera.²⁴

Dicha transformación provino, fundamentalmente, de lo establecido en el artículo 8 de la mencionada Ley del Banco Central de 1974, según el cual, con excepción del “Estado”,²⁵ ninguna persona natural o jurídica podría ser propietaria de sus acciones; por argumento a contrario, únicamente se reconoció a la República como titular del derecho de propiedad sobre las acciones, excluyéndose a los particulares de cualquier participación en su capital social.

Por lo tanto, a través de un acto normativo se efectuó una declaratoria de dominialidad pública respecto de las acciones de la Institución cuya propiedad formaba parte del patrimonio de particulares. Al respecto, resulta útil recordar lo señalado por Urdaneta Troconis en el sentido de que:

Tratándose de una técnica normativa, este mecanismo de intervención presenta las características de producir efectos generales y abstractos, aplicables a una generalidad de situaciones, y de que dichos efectos se producen directamente en virtud de la misma norma legal, sin necesidad de ningún otro acto.

Utilizando esta técnica, el Estado puede incidir en el derecho de propiedad básicamente de dos maneras:

1. *Fijando el ámbito de aplicación del mismo*: excluyendo o restringiendo la posibilidad de apropiación de los particulares sobre determinadas categorías de bienes. El Estado considera que, para que ciertos bienes procuren un fin o utilidad colectivos, éstos sencillamente no deben pertenecer a los particulares sino sólo a él mismo, y así lo declara a través de una disposición constitucional o legal. A partir de ese momento, sobre dichos bienes no puede aplicarse el derecho de propiedad privada [...].²⁶

²⁴ *Gaceta Oficial* N° 30.412, del 31 de mayo de 1974.

²⁵ Así como se comentó en la nota N° 15, en este caso el legislador debió referirse a la República, y no al Estado.

²⁶ *Op. Cit.*, p. 62.

Como se observa, a partir del Decreto-Ley N° 507 se unificó el régimen jurídico de las acciones del Banco, pues la República se apropió de aquellas que previamente fueron suscritas por los particulares, y con ello, todas quedaron comprendidas en la prohibición de enajenar establecida en el artículo 7 de la Ley de 1974, según el cual “*el Gobierno Nacional no podrá enajenar las acciones de las cuales la República sea titular*”.

En consecuencia, todas las acciones en que estaba dividido el capital social del Instituto financiero eran bienes de tráfico jurídico prohibido, ya que el referido Decreto-Ley equiparó el 50% de las acciones ofrecidas al público, que eran de tráfico restringido, al 50% suscrito por la República, respecto del cual ya existía la prohibición legal de enajenar, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 de la Ley de 1939 y 7 de la Ley de 1960.

Dicha prohibición –de carácter absoluto– se mantuvo en las reformas parciales de la Ley del Banco Central de Venezuela de 1983, 1984 y 1987,²⁷ pues hasta la reforma legislativa de 1992, el Banco revistió la forma de compañía anónima, con un capital social dividido en acciones de 100 bolívars cada una, cuya propiedad sólo correspondía a la República, a quien estaba prohibido enajenarlas; en este sentido, hasta 1992 estuvieron vigentes las normas que disponían que, con excepción del Estado, ninguna persona natural o jurídica podría ser titular de acciones del Banco, y que el “*Gobierno Nacional*” no podría enajenar las acciones cuya titularidad correspondiera a la República.

Lo expuesto en el párrafo precedente requiere una aclaratoria acerca de la naturaleza jurídica del Banco Central de Venezuela: inicialmente, asumió la forma de compañía anónima, y a partir de la Ley de 1974, el legislador precisó que se trataba de una persona jurídica pública, aunque constituida como una sociedad mercantil. Sin embargo, su naturaleza asociativa fue suprimida en la reforma parcial de 1992,²⁸ tal como quedó consagrado en la Constitución de 1999,²⁹ que le dio rango constitucional a dicho Instituto financiero; al respecto, Badell Madrid sostiene que:

La naturaleza jurídica del Banco Central de Venezuela viene dispuesta por el artículo 318 de la Constitución, el cual califica a dicho ente como ‘*una persona jurídica de derecho público*’. En desarrollo de la

²⁷ *Gaceta Oficial* N° 3.252 Extraordinario del 12 de septiembre de 1983, *Gaceta Oficial* N° 3.413 Extraordinario del 18 de julio de 1984 y *Gaceta Oficial* N° 3.998 Extraordinario del 21 de agosto de 1987, respectivamente.

²⁸ *Gaceta Oficial* N° 35.106 del 4 de diciembre de 1992.

²⁹ *Gaceta Oficial* N° 5.453 Extraordinario, del 24 de marzo de 2000.

referida disposición constitucional, el artículo 1 de la LBCV dispuso que:

‘El Banco Central de Venezuela es una persona jurídica de derecho público, rango constitucional, de naturaleza única, con plena capacidad pública y privada, integrante del Poder Público Nacional’.

Con esta previsión quedó definido el Banco Central de Venezuela como una Administración Pública Constitucional Autónoma: **(i)** se trata de *una persona jurídica de derecho público*, es decir, de un ente cuya organización y funcionamiento se rige por normas de derecho público y por normativa especial [...].

Bajo el régimen de la Constitución de 1961 no existía disposición alguna que regulara la naturaleza, organización y funcionamiento del Banco Central y en la práctica tales aspectos eran desarrollados a nivel legislativo. Fue así como la Ley del Banco Central de Venezuela de 1992 calificó a dicha Institución como ‘*una persona jurídica pública de naturaleza única*’.

[*Omissis*]

Con la disposición contenida en el artículo 318 de la Constitución, y ahora en el artículo 1 de la LBCV, las discusiones en relación con la naturaleza jurídica del Banco Central han quedado soslayadas. Se trata de una persona jurídica pública de naturaleza constitucional, plenamente diferenciada de los órganos que conforman la rama ejecutiva así como de los entes que creados por ésta forman parte de la Administración Pública Nacional, que ejerce sus competencias constitucionales en el ámbito nacional y de manera autónoma.³⁰

En el mismo sentido, Lares Martínez afirma, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, que “[...] *el Banco Central no es actualmente una empresa del Estado, como lo fue durante muchos años*”;³¹ por lo tanto, visto que la Ley de 1992 modificó la naturaleza jurídica del Instituto, “[...] *hasta entonces asociativa, pues,*

³⁰ Rafael Badell Madrid: *Consideraciones sobre la Ley del Banco Central de Venezuela*, en <http://badellgrau.com/Consideraciones%20sobre%20la%20Ley%20del%20Banco%20Central.htm>, 19 de agosto de 2004.

³¹ Lares Martínez, Eloy: *Manual de Derecho Administrativo*, 10ª edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1996, p. 663.

por una parte, eliminó toda referencia a su carácter de ‘compañía anónima’; y en segundo lugar, suprimió el esquema accionarial que tradicionalmente había tenido el patrimonio de la institución”,³² es posible concluir que las acciones dejaron de tener existencia y, por ende, se extinguió, de modo absoluto, el derecho de propiedad que sobre ellas recaía.

3. EL APARENTE DIFERIMIENTO DE LA TRANSFERENCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD A LA REPÚBLICA

El Poder Ejecutivo Nacional pretendió nacionalizar el Banco Central de Venezuela mediante el Decreto-Ley N° 507, dictado el 30 de octubre de 1974, para lo cual consagró los mismos mecanismos que se previeron en las restantes nacionalizaciones de la década.

Dicho instrumento normativo no modificó el capital del Banco, que continuó siendo de diez millones de bolívares (artículo 3), ni el valor nominal de sus acciones: de 100 bolívares cada una (artículo 6). No obstante, después de prohibir al Gobierno Nacional que enajenara las acciones cuya titularidad correspondiera a la República (artículo 7), estableció que “*con excepción del Estado ninguna persona natural o jurídica podrá ser propietaria de acciones del Banco*” (artículo 8). Asimismo, el encabezado del artículo 100 del referido Decreto-Ley dispuso que:

En el plazo de dos años a partir de la fecha de vigencia de esta Ley todas las personas naturales o jurídicas distintas de la República que sean titulares de acciones del Banco Central de Venezuela deberán ofrecerlas a la República, quien las adquirirá por órgano del Ministerio de Hacienda. Las acciones del Banco Central de Venezuela que no hubieren sido ofrecidas en venta pasarán al patrimonio de la República, previo cumplimiento de los trámites previstos en la Ley de expropiación por causa de utilidad pública.

Ahora bien, una interpretación aislada de la norma parcialmente transcrita conduciría a concluir que, a pesar de la norma contenida en el artículo 8 del Decreto-Ley, sólo en un momento posterior operaría la transferencia del derecho de propiedad sobre las acciones, del patrimonio de los particulares al de la República, de modo que ésta las adquiriría de forma derivada, después de celebrarse el convenio o tramitarse el procedimiento expropiatorio.

³² Rafael Badell Madrid: *Régimen Jurídico del Banco Central en el Derecho Comparado*, en <http://www.bedallgrau.com/opidercom.html>, 19 de agosto de 2004.

Efectivamente, el artículo 100 del referido Decreto-Ley contiene expresiones que parecen indicar que los particulares continuaron siendo los titulares del derecho de propiedad, que sería transmitido al patrimonio de la República a través de dos mecanismos, el segundo subsidiario del primero.

En un primer período, de dos años, los propietarios de las acciones del Banco “las ofrecerían en venta” a la República, a un “precio” legalmente determinado, y ésta “las adquiriría” a través del Ministerio de Hacienda –hoy Ministerio de Finanzas–. No obstante, es evidente que no se trataba de un ofrecimiento en venta, como lo calificó la Ley, ni de un contrato de compraventa, por cuanto no estaba presente en el “vendedor” el aspecto volitivo, esencial para la formación del consentimiento, que constituye un elemento fundamental de todo contrato (artículo 1.141 del Código Civil); en principio, podría pensarse en una transferencia forzosa del derecho de propiedad, aunque tampoco parece acertada tal afirmación –como se verá más adelante– pues los particulares afectados se limitaron a aceptar la indemnización establecida por la Ley.

De no lograrse la “transferencia” de todas las acciones del Banco, a través del referido mecanismo, la Ley remitió, en un segundo momento, al procedimiento expropiatorio, tal como se hizo al nacionalizarse las industrias del gas natural, del hierro y de los hidrocarburos; aunque en este caso, en vez de establecer un procedimiento *ad hoc*, breve, se remitió al procedimiento regulado en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social.

Conforme con lo establecido en el artículo 100 del Decreto-Ley, el 02 de febrero de 1983, durante la presidencia de Luis Herrera Campíns (1979-1984), se ordenó la realización de los trámites previstos en la Ley del Banco Central de Venezuela, para que las acciones que no hubieran sido ofrecidas en venta “a dicho Instituto” pasaran al patrimonio de la República.³³ La solicitud de expropiación fue presentada por la Procuraduría General de la República, el 10 de junio de 1987, y declarada procedente quince años más tarde, mediante la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, N° 2738 del 08 de octubre de 2002.³⁴

El mencionado órgano jurisdiccional denominó las operaciones que se realizaron en la primera etapa como convenios o arreglos amigables, aunque lue-

³³ Decreto N° 1.812, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 3.157 Extraordinario, del 4 de mayo de 1983.

³⁴ Véase <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2002/octubre/025-8-87-7561-2002-2738.html>.

go erró al referirse a un ofrecimiento en venta, que inclusive califica de espontáneo, pese a que no existe una oferta, en sentido jurídico, ni el “convenio” puede equipararse a una compraventa.

En cuanto a la segunda etapa, si bien la sentencia *in commento* reconoció que “a partir de la entrada en vigencia de la Ley [de 1974], entró igualmente en vigor la prohibición a los particulares de tener bajo su dominio acciones del Instituto”, señaló que éstos continuarían siendo los titulares de las acciones, al sostener que su transferencia al patrimonio de la República operaría mediante la expropiación, de tal forma que dicho procedimiento constituía el “medio de adquisición de la propiedad [...], siendo la sentencia que se emita en el presente proceso el título de adquisición de dichas acciones por parte de la República”.³⁵ En este sentido, afirmó que:

[...] se previeron determinados mecanismos, a los fines de lograr la transferencia de la propiedad de las acciones a la República. Ello deriva del encabezado del artículo 100 de la referida Ley del Banco Central de Venezuela de 1974, el cual es del siguiente tenor:

[*Omissis*]

De la disposición transcrita, resulta palmario que el legislador material estableció dos supuestos diferentes, a través de los cuales operaría la transferencia del dominio, a saber, el arreglo amigable o convenio entre la República y los propietarios afectados, y el procedimiento expropiatorio, al cual se acudiría subsidiariamente para adquirir de manera forzosa las acciones que no hubiesen sido ofrecidas a la República espontáneamente.

La Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo interpretó aislada y literalmente el encabezado del artículo 100 del Decreto-Ley N° 507 y, por ende, consideró que la transferencia de la propiedad de las acciones que,

³⁵ Pese a que, según la jurisprudencia patria, “la propiedad de los bienes, a que la expropiación se contraiga, no se traslada al expropiante ni aun con la sentencia que favorable a éste recaiga en el respectivo procedimiento [...]. La propiedad se traslada [...] en el acto en que el expropiante consigna el monto de la **indemnización**. Entre tanto, el propietario conserva sus derechos, aunque limitados o restringidos en su ejercicio y disponibilidad [...]” (Sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, del 12 de diciembre de 1963, citada por Allan-Randolph Brewer-Carías: *La expropiación por causa de utilidad pública o interés social*. Caracas, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1966, pp. 222-223).

supuestamente, aún pertenecían a los particulares, sólo ocurriría tras la expropiación. Conforme con tal interpretación, Manuel Egaña, quien participó activamente en la creación del Banco Central de Venezuela, como Ministro de Fomento de Eleazar López Contreras, había señalado lo siguiente:

La parte fundamental del artículo que establece la ‘estatización’ contiene dos proposiciones. Por la primera se ordena a todas las personas naturales y jurídicas distintas a la República, que sean titulares de acciones del Banco que las ofrezcan dentro del plazo de dos años a la República, quien las adquirirá por órgano del Ministerio de Hacienda. Es este un caso típico de abuso de poder. Puesto que el Banco reviste la forma de compañía anónima, ¿por qué no se convocó y celebró una asamblea general de accionistas para que aprobara lo que el socio mayoritario de hecho había ya decidido? La segunda es que las acciones que no hubieren sido ofrecidas a la venta pasarían al patrimonio de la República previo cumplimiento de los trámites previstos por la ley de expropiación por causa de utilidad pública. **Yo conservo mi título de 10 acciones (...) y para deshacerme de ellas será preciso una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que así lo ordene.** (Destacado añadido).³⁶

No obstante, afirmar que los particulares continuaron siendo los propietarios de las acciones del Banco Central de Venezuela, requería dilucidar cómo esa titularidad no les confería el derecho de participar en la toma de decisiones y en los dividendos del Banco; al respecto, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo sostuvo una ilógica explicación, acerca del contenido del derecho de propiedad:

[...] siendo la sentencia que se emita en el presente proceso el título de adquisición de dichas acciones por parte de la República, resulta indiscutible que el derecho de propiedad sobre las mismas ha permanecido hasta ahora en el patrimonio de sus respectivos titulares; de ahí que sea imperativo para esta Corte pronunciarse acerca de la situación de tal derecho.

[*Omissis*]

³⁶ Manuel Egaña, *Op. Cit.*, T. I, pp. 11-12.

Sin embargo, a pesar de las facultades que en principio confiere el derecho de propiedad a su titular, en el caso *sub-iudice* el mismo quedó vaciado de contenido, perdurando únicamente la posibilidad de enajenar a la República las acciones, como parte de la facultad de disponer jurídicamente de ellas. [...] De esta forma, el dominio sobre las acciones no facultaba a sus titulares a ninguna otra cosa distinta a obtener de la República la contraprestación calculada de conformidad con los parámetros establecidos legalmente, dada la monopolización de las funciones del Instituto Bancario por parte del Estado, razón por la cual el derecho de propiedad en este caso quedó prácticamente vacío de todo contenido.

A pesar de ello, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, la limitación que se imponga al derecho de propiedad no puede suponer una afectación tal que implique suprimir las facultades que confiere a su titular, al punto de eliminarlo; es decir, el derecho de propiedad puede ser limitado en la mayoría de sus atributos, pero ello no puede pasar de un límite a partir del cual se extinga, pues existe un núcleo central que no puede ser afectado por el legislador.³⁷

4. LA ADQUISICIÓN ORIGINARIA E INMEDIATA DEL DERECHO DE PROPIEDAD A PARTIR DEL DECRETO-LEY N° 507

El artículo 8 del Decreto-Ley N° 507 dispuso que, con excepción del “Estado”, ninguna persona natural o jurídica podría ser propietaria de acciones del Banco; dicha disposición puede ser considerada como una norma de reserva, siguiendo a Sansó, quien la define como aquella que reconoce derechos o actividades solamente a favor de sujetos determinados,³⁸ no obstante que Salomón de Padrón y Araujo García restrinjan el alcance de la reserva a la libertad económica, al señalar, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 97 de la derogada Constitución de 1961, que dicha figura tiene por objeto prohibir a los particulares la realización de actividades económicas en un determinado sector, sin que transfiera bienes o derechos privados al Estado.³⁹

³⁷ Sentencia N° 952/2000, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 09 de agosto, caso: *Biotech Laboratorios, C.A. y otros*.

³⁸ Benito Sansó, *Op. Cit.*, p. 74.

³⁹ Ana Elvira Araujo García y Magdalena Salomón de Padrón, *Op. Cit.*, p. 130.

El citado artículo 8 del Decreto-Ley N° 507 atribuyó la titularidad de las acciones al “Estado”, con lo cual éstas quedaron excluidas de la apropiación privada. Ahora bien, surge una aparente contradicción entre dicha norma y el artículo 100 del mismo instrumento normativo, que consagra los arreglos amigables y, subsidiariamente, remite a la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, por cuanto sería lógicamente imposible declarar la propiedad de las acciones a favor de la República, exclusivamente, y, de modo simultáneo, permitir que los particulares continuaran siendo propietarios de las mismas, hasta tanto se celebrara el convenio o se tramitara el procedimiento expropiatorio.

Más allá de un examen superficial, según el cual sería necesario celebrar arreglos amigables o acudir a la expropiación, para que la República se erigiera como única propietaria de las acciones del Instituto financiero, un análisis lógico impone como conclusión imbatible que la apropiación de las acciones por parte de la República se verificó de modo inmediato, a partir del momento en que entró en vigencia el Decreto-Ley N° 507.

A través del referido cuerpo normativo, se realizó una declaratoria de dominialidad pública de una determinada categoría de bienes: las acciones del Banco Central de Venezuela, pues su artículo 8 sólo reconoció a la República como su propietaria. En consecuencia, aquellas 50.000 acciones que fueron ofrecidas al público dejaron de ser susceptibles de apropiación privada, lo que tuvo como efecto la extinción del derecho de propiedad que, hasta entonces, formaba parte del patrimonio de los particulares.

Asimismo, el Decreto-Ley *in commento* creó, en el patrimonio de la República, el derecho de propiedad sobre las acciones del Banco que aún no le pertenecían. El título adquisitivo de dichas acciones dimanó de la propia Ley, en razón de la declaratoria de dominialidad pública; operó, por tanto, una adquisición originaria del derecho de propiedad, y no derivada, pues tal declaratoria creó el derecho en el patrimonio de la República directamente, sin que dependiera del que ostentaban los particulares, el cual quedó extinto.

Al respecto, conviene recordar que si bien Aguilar Gorrondona sostiene que los modos de adquirir originarios implican la creación en cabeza del adquirente de un derecho de propiedad que antes no existía,⁴⁰ Kummerow aclara

⁴⁰ José Luis Aguilar Gorrondona, *Op. Cit.*, p. 267.

que ello no debe entenderse en el sentido de que nadie haya sido anteriormente titular del derecho sobre la cosa, sino que el derecho pudo haber existido, pero desapareció, ulteriormente, para su titular inicial.⁴¹

Conforme a lo anterior, Sansó afirma que la reserva de un derecho o actividad produce la extinción del derecho precedentemente concedido a los particulares, pero sin que se verifique su transferencia al Estado, que lo adquiere de forma originaria.⁴² En este sentido, mediante el artículo 8 del Decreto-Ley N° 507, se reservó a la República la propiedad sobre todas las acciones del Instituto financiero, lo que fue suficiente para que se extinguiera, *ope legis*, el derecho de propiedad del patrimonio de los particulares y, en consecuencia, se verificara la nacionalización del Banco Central. Al quedar excluidos los particulares de toda participación accionaria, la República monopolizó la actividad rectora de la economía nacional, ejercida por dicho Instituto desde su creación.

Dos razones refuerzan la interpretación anterior: En primer lugar, considerar que la Ley difirió la transferencia de la propiedad sobre las acciones suscritas por los particulares a la República, llevaría al absurdo de sostener que éstos han tenido algún derecho accionario sobre el Banco después del 26 de noviembre de 1974, cuando fue publicado por primera vez en *Gaceta Oficial* el Decreto-Ley en referencia. Sobre todo, si se toma en cuenta que la propiedad sobre las acciones confería a sus propietarios el derecho de participar en la toma de decisiones y en las utilidades del Instituto financiero.

En este orden de ideas, la Ley de 1939 dispuso que la Asamblea General representaba la totalidad de los accionistas, y las decisiones que ésta adoptara, dentro de los límites de sus facultades, eran obligatorias para todos ellos, aunque no hubieran concurrido (artículo 12); dentro de la Asamblea, cada acción representaba un voto (artículo 20) y todas las resoluciones serían adoptadas por mayoría simple, salvo disposición especial (artículo 21).

En cuanto a los órganos de dirección del Banco, vale recordar que el Directorio estaba conformado por un Presidente y ocho Directores (artículo 22). El primero de ellos era elegido por la Asamblea General de Accionistas de una terna presentada por el Presidente de la República (artículos 19.2 y 23); así mismo, dicha Asamblea elegía a tres de los Directores y sus Su-

⁴¹ Gert Kummerow, *Op. Cit.*, p. 185.

⁴² Benito Sansó, *Op. Cit.*, p. 74.

plentes (artículos 19.2 y 24), quienes ejercían su cargo durante tres años, con posibilidad de reelección (artículo 31), y representaban las acciones en poder del público, pues en su elección no participaba la República; ello en virtud de lo señalado en el artículo 26, parágrafo único, según el cual, a tal efecto no conferían el derecho a voto aquellas acciones cuya titularidad correspondiera al “*Gobierno Nacional*” conforme con lo dispuesto en el artículo 6, es decir, el 50% del capital social.

La Ley del Banco Central de Venezuela de 1960 redujo el número de Directores de ocho a seis (artículo 20), y la Asamblea General de Accionistas sólo elegía a uno de ellos y a su Suplente (artículos 17.3 y 22), por un período de dos años (artículo 30), sin que el “*Estado*” participara en tal elección (artículo 24). Igualmente, desde 1939, correspondió a la Asamblea General elegir a los dos Comisarios y sus suplentes, según lo dispuesto en el Código de Comercio.

En cuanto a las utilidades, los accionistas tenían derecho a un dividendo fijo que no podía exceder del 7% anual del capital pagado al Banco (artículos 61 de la Ley de 1939 y 77 de la Ley de 1960).

Visto que la restricción del derecho de propiedad no puede afectar su núcleo, pues ello implicaría negar la existencia del derecho, si los particulares continuaron siendo propietarios de las acciones a pesar de la norma de reserva consagrada en el artículo 8 del Decreto-Ley, la nacionalización del Banco Central de Venezuela quedó postergada, por cuanto, de acuerdo con tal interpretación, la República sólo podría monopolizar la propiedad y el control sobre el Instituto una vez que alcanzara firmeza la sentencia dictada en el proceso expropiatorio y se indemnizara por los bienes expropiados.

En segundo lugar, la modificación de la naturaleza jurídica del Banco a partir del 04 de diciembre de 1992, constituye una razón adicional que niega la transferencia diferida del derecho de propiedad sobre las acciones suscritas, previamente, por el público.

Como se expuso anteriormente, la reforma legislativa de 1992 suprimió toda referencia a la naturaleza asociativa del Instituto y, por ende, las acciones en que estaba dividido su capital social dejaron de existir; tal circunstancia implicó la extinción, de modo absoluto, del derecho de propiedad que sobre ellas recaía, con independencia de quién era su titular para ese momento. De acuerdo con lo anterior, la propiedad sobre las acciones de Banco no pudo ser transferida a la República a través del procedimiento expropiatorio, como lo declaró la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, el 08 de octubre de

2002, pues para esa fecha no existían las acciones y mucho menos algún derecho de propiedad sobre ellas.

Por lo tanto, cuando el Banco dejó de revestir la forma de sociedad mercantil, con la reforma legislativa del 04 de diciembre de 1992, todas sus acciones eran propiedad de una sola persona, que las había adquirido desde el 26 de noviembre de 1974: la República; por ello, no se planteó en aquel entonces y no podría plantearse hoy, la eventual responsabilidad del Estado por acto legislativo.

Ciertamente, la Ley del Banco Central de Venezuela de 1974 dispuso que, en la Asamblea General de Accionistas, cada acción daba derecho a un voto (artículo 17) y todas sus resoluciones serían adoptadas por mayoría simple (artículo 18), no obstante que todo el capital social pertenecía a la República; por ello, se explica que ninguno de los Directores, que entonces eran siete (artículo 19), representara las acciones del público.

Sólo la reforma parcial de 1987 dispuso que la Asamblea General se constituiría, únicamente, con la presencia del representante de las acciones de la República (artículo 10), pues en definitiva, ésta era la única propietaria del Banco. Aun en la reforma de 1992 se estableció que dicha Asamblea se constituiría con la presencia de los representantes de la República, sin hacer referencia a las acciones, por cuanto las mismas dejaron de tener existencia cuando el Banco Central dejó de revestir la forma de compañía anónima; con relación a lo anterior, Lares Martínez sostiene que

dada la circunstancia de que el Banco Central dejó de tener su primitiva estructura de compañía anónima, ya no pueden celebrarse las asambleas de accionistas. En su lugar, ahora funciona la Asamblea General, constituida con la presencia de los representantes de la República.⁴³

5. ACERCA DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 100 DEL DECRETO-LEY N° 507

Sostener que la declaratoria de dominialidad pública fue suficiente para que la República adquiriera, de modo originario, las acciones del Banco Central

⁴³ Lares Martínez, *Op. Cit.*, p. 665.

de Venezuela, obliga a interpretar que la finalidad del legislador, al establecer lo señalado en el artículo 100 del Decreto-Ley N° 507, fue la de regular lo concerniente a la indemnización de los particulares que eran propietarios de dichas acciones, en virtud de la privación de su derecho.

Los parámetros para determinar el *quantum* de la indemnización quedaron establecidos en el aparte único del referido artículo, según el cual “[...] *el precio que se deberá pagar por las acciones será igual al promedio del valor de mercado en los seis (6) meses anteriores al 30 de septiembre de 1974*”. Tal monto, que no era susceptible de negociación alguna ya que todos los bienes eran de una misma categoría, fue fijado en ciento un bolívares con ochenta céntimos (Bs. 101,80) por cada acción, según se desprende del artículo 2 del Decreto N° 1.812 del 02 de febrero de 1983, aunque su determinación fue, necesariamente, anterior.

En cuanto a los mecanismos a través de los cuales se materializaría dicha indemnización, el encabezado del artículo 100 del Decreto-Ley previó una primera etapa, durante la cual los particulares afectados comparecerían voluntariamente al Instituto financiero para recibir la cantidad que les correspondiera, según el número de acciones que hubieran suscrito.

Recuérdese que la mencionada disposición señaló que los particulares ofrecerían en venta las acciones, y la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo calificó tales actos como arreglos amigables o convenios. No obstante, no se trataba de un contrato de compraventa ni de un arreglo amigable, pues quienes acudieron no eran, en ese entonces, titulares de ningún derecho sobre las acciones, y ni siquiera podían negociar el monto de la indemnización, sino que se limitaron a aceptar la cantidad calculada de acuerdo con los parámetros legalmente determinados.

En un segundo momento, el encabezado del artículo 100 del Decreto-Ley N° 507 remitió a la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, aunque no pretendía una expropiación propiamente dicha, que es un mecanismo de transferencia forzosa del derecho de propiedad o algún otro derecho de los particulares, mediante sentencia firme y pago de justa indemnización (artículo 2 de la Ley vigente), por cuanto la República ya había adquirido el correspondiente derecho de propiedad.

Debe entenderse, por tanto, como una formalidad que el legislador consideró necesaria para indemnizar a quienes no acudieron voluntariamente a recibir el monto establecido que, según el Decreto N° 1.812 del 02 de febrero de 1983, eran

2.386 personas, quienes habían suscrito 8.965 acciones del Banco Central, equivalentes al 17,93 % de aquellas que fueron ofrecidas al público.

Ciertamente, nada impedía a los particulares exigir su indemnización antes de finalizar el procedimiento “expropiatorio”. En este sentido, según la comentada sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo del 08 de octubre de 2002, el Consultor Jurídico del Instituto en el año 1987, Frank Malaret Mayz, informó a dicho órgano jurisdiccional, mediante oficio del 02 de octubre de ese año, que de acuerdo con las instrucciones impartidas por el entonces Ministerio de Hacienda, el Banco continuó “adquiriendo” las acciones, paralelamente a la tramitación de dicho procedimiento.

En consecuencia, según el oficio remitido a la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo por el Consultor Jurídico del Banco en 2002, José Leonardo Núñez, para la fecha en que la referida Corte dictó dicha sentencia era necesario indemnizar a 2.366 personas, quienes habían adquirido 8.886 acciones del Banco, esto es, el 17,77 % de las acciones suscritas por el público.

CONCLUSIÓN

El Banco Central de Venezuela fue creado en 1939, dentro de un proceso de modernización del Estado, como una sociedad mercantil de capital mixto; 50.000 acciones de un total de 100.000 pertenecían a la República y eran bienes muebles de tráfico jurídico prohibido; las restantes 50.000 acciones, aunque fueron ofrecidas en venta y adquiridas por el público, de conformidad con lo establecido en la normativa que rigió la Institución, eran de tráfico restringido.

En 1974, mediante el Decreto-Ley N° 507 del 30 de octubre de ese año, la República se reservó la propiedad de todas las acciones del Banco, por lo que en su conjunto quedaron sometidas a la prohibición de enajenar. Asimismo, en el mencionado cuerpo normativo, el legislador previó que los particulares las “ofrecieran en venta” durante un determinado lapso o, en su defecto, se tramitara el procedimiento expropiatorio.

Efectivamente, entre 1987 y 2002 la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, a instancia de la Procuraduría General de la República, tramitó dicho procedimiento y, finalmente, mediante sentencia N° 2.738 del 08 de octubre de 2002, declaró la expropiación de 8.886 acciones. Como premisa de esta decisión, se consideró que hasta ese momento los particulares seguían siendo propietarios de las acciones, aunque tal derecho se encontraba “*prácticamente vacío de todo contenido*”.

Sin embargo, una interpretación sistemática del Decreto-Ley N° 507 permite concluir que la República, mediante la declaratoria de dominialidad pública de las 50.000 acciones suscritas por los particulares, las adquirió de modo inmediato y originario; y ello implicó que la totalidad de las acciones en que estaba dividido el capital social del Banco –durante el período en que conservó su forma asociativa– quedaron sometidas a la prohibición de enajenar, eliminando su aptitud para constituir objetos de negocios jurídicos.

Finalmente, dado el daño patrimonial sufrido por aquellas personas que habían tenido la titularidad de acciones del Banco, se entiende que el Decreto-Ley de nacionalización previera, en su artículo 100, el *quantum* de la indemnización correspondiente, así como los mecanismos a través de los cuales ésta se haría efectiva.

El abandono voluntario como causal de desvinculación matrimonial en Venezuela. Inmersión crítica a cierta visión doctrinal

Carlos Luis CARRILLO ARTILES*

SUMARIO:

A título de introito

- 1. Ámbito conceptual.**
- 2. Preceptuación en los diversos códigos civiles.**
- 3. Elementos configurativos de la causal de abandono voluntario.**
- 4. Elementos probatorios del abandono voluntario.**
- 5. El especial caso del llamado “débito conyugal”.**

A TÍTULO DE INTROITO

La causal de abandono voluntario, prevista en el numeral 2 del artículo 185 de nuestro Código Civil Vigente, se nos presenta como una de las fórmulas

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado, Especialista en Derecho Administrativo, Doctorando en Derecho. Profesor de Pre y Postgrado. **Universidad Católica Andrés Bello**, **La Universidad del Zulia**, **Universidad de Margarita** y **Universidad Libre de Colombia**, Profesor. El presente opúsculo forma parte de un trabajo de mayor extensión que será publicado con formato de libro referido al análisis crítico de las causales de disolución litigiosa del vínculo conyugal en Venezuela.

más comúnmente esgrimidas por los abogados litigantes en los juicios controvertidos para disolver el vínculo conyugal. Esto se debe a su maleable y diverso contenido que permite hacer dúctil un fallo judicial que declare la extinción del estado conyugal, siempre que el cónyuge demandante demuestre la intencionada dejadez o desatención por su consorte, en el cumplimiento de casi todas las obligaciones maritales de orden público que impone el matrimonio, con excepción de aquellos deberes conyugales –como el caso de la fidelidad–, que tengan una sanción específica dentro del mismo precepto 185.

Así pues, resulta impretermitible advertir que dentro de sus múltiples posibilidades, una de sus expresiones es la vulneración del deber de cohabitación previsto en el artículo 137 *eiusdem*, entendido este deber como la obligación de ambos cónyuges de vivir bajo el mismo techo o domicilio conyugal,¹ no obstante, ese no es su único contenido eventual de argumentación, ya que su espectro forense es mucho más amplio, que tan sólo el injustificado desprendimiento efectivo de uno de los consortes del hogar común, sino que efectivamente se trata de una multidimensional variedad de comportamientos, entre los cuales se abarcarían diversos quebrantamientos autónomos de otros deberes como lo son, el socorro mutuo, la asistencia recíproca intraconyugal e inclusive la contribución a cargas comunes que derivan del matrimonio, supuestos que estudiaremos con detenimiento a lo largo de este opúsculo.

Es oportuno comentar que esta publicación en realidad forma parte de un capítulo de un trabajo de mayor extensión, que actualmente se encuentra en imprenta y será publicado con formato de libro, que versa sobre un análisis crítico de todas las causales litigiosas que pudieran acarrear la desvinculación de la unión marital en Venezuela; sin embargo, en atención a esa particular amplitud y mutabilidad del contenido del abandono voluntario, junto con su cotidiano por no decir desmedido uso en los foros jurisdiccionales –al igual que la causal de injuria grave–,² es por lo que se impone su evaluación independiente como un aporte académico para su discusión doctrinal y eventual revisión por los órganos jurisdiccionales.

¹ Esta singular noción de “domicilio conyugal” usada por el legislador civil venezolano, dista de la idea de “domicilio” como asiento principal de los negocios e interés, prevista en el artículo 27 del Código Civil venezolano de 1942 reformado en 1982. Realmente el “domicilio conyugal” se equipara con la noción de residencia marital u hogar común de los esposos.

² Último supuesto del numeral 3 del artículo 185 del Código Civil venezolano.

1. ÁMBITO CONCEPTUAL

Por abandono voluntario se entiende el flagrante incumplimiento grave, intencional e injustificado, por parte de uno de los cónyuges, de los deberes conyugales establecidos en los preceptos 137 y 139 del Código Civil vigente, que no tuviesen una fórmula de sanción autónoma como causal para disolver el vínculo conyugal.

Apriorísticamente es importante destacar la cualidad de “causal laxa o genérica” del abandono voluntario, pues es ampliamente utilizada por los abogados litigantes al momento de incoar acciones dirigidas a la disolución del vínculo conyugal, ya que eventualmente cabría dentro de sus posibles supuestos, cualquier infracción, atentado, vulneración, desamparo o negligencia en el cumplimiento de aquellos deberes conyugales enumerados en los artículos 137 al 139 del Código Civil.³

Sin embargo, como ya afirmamos precedentemente la procedencia de esta causal se restringe estrictamente a los deberes matrimoniales enumerados como el de cohabitación, asistencia recíproca, socorro mutuo y contribución a las cargas comunes, con expresa exclusión de ciertos deberes conyugales como el de fidelidad que de ser vulnerado tendría una causal propia que tipificase autónomamente la disolución del vínculo, como sería el adulterio, por ello, sin lugar a dudas al abandono voluntario se le ha reconocido su carácter de causal residual y amplia para disolver el vínculo marital. “Por ello, en el libelo de la demanda en que se hace valer esta causal, la parte actora está en el deber de especificar concretamente los hechos que constituyen la infracción, con ello se logra evitar, además, que se ponga en trance de indefensión al demandado, se permitiera a aquélla hacer uso de dicha causal”⁴ de manera desmedida o abusiva, acarreando un verdadero fraude a la ley y a lo deseado por el legislador.

Uno de los primeros fallos jurisdiccionales que reconocieron la amplitud aludida de la causal de abandono voluntario fue el fallo de la Corte Federal y de Casación del año 1932, al exponer que:

El abandono voluntario ...es la dejación o desamparo que uno hace, sea de una persona a quien debía cuidar, sea de una cosa que le per-

³ Ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de fecha 15/06/59 Gaceta Forense N° 24. 2ª etapa, p. 235.

⁴ Sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Miranda.

tenece, sea de una acción que había entablado en justicia; que el consume (sic) que no vive junto con el otro cónyuge, ni lo socorre, ni lo protege, ni satisface sus necesidades, sin causa justificada, lo ha abandonado, porque puede haber abandono voluntario por la deliberada violación de cualquiera de las sagradas obligaciones que impone la ley a los cónyuges...

Por otra parte, es significativo advertir que por abandono voluntario no se entiende únicamente la sustracción o separación del hogar común marital por parte de uno de los cónyuges –entendida como la simple ausencia física de uno de los cónyuges del domicilio conyugal– lo cual atentaría exclusivamente contra el deber de cohabitación, como generalmente se ha entendido por razones históricas, ya que ésta es sólo una de las múltiples fórmulas concebidas dentro de esta causal laxa, y en sí misma, no agota todo el cúmulo plurisubjetivo de posibilidades dúctiles de mayor espectro que puede emerger de la causal continente de abandono voluntario.

Este planteamiento particularmente dúctil ha sido recogido en el fallo del Juzgado Primero de Primera Instancia de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, en fecha 02 de marzo de 1998, donde se dejó sentado que:

Nuestra casación (sic) ha dado al abandono voluntario un concepto suficientemente amplio al exponer: ...Se entiende por abandono voluntario el incumplimiento grave, injustificado y ocurrido en forma intencional por parte de una (sic) de los cónyuges, respecto (sic) a las obligaciones de cohabitación, asistencia, socorro y protección que el matrimonio le impone en forma recíproca. Este abandono puede o no incluir el desplazamiento efectivo del cónyuge culpable fuera del hogar, ya que esa posibilidad configura una de las muchas maneras como uno de los cónyuges puede exteriorizar el incumplimiento de las obligaciones que le corresponden; pero ha de creerse por tal motivo que existan dos causales autónomas de abandono, física una, moral o afectiva la otra, ya que en todo instante el abandono voluntario pueda configurar el incumplimiento en sí de las obligaciones no por la manera como se las incumpla.⁵

⁵ Sentencia del Juzgado Primero de Primera Instancia de Familia y Menores de la Circunscripción Judicial del área metropolitana de Caracas, en fecha 02 de marzo de 1998.

2. PRECEPTUACIÓN EN LOS DIVERSOS CÓDIGOS CIVILES

La causal de abandono voluntario apareció por primera vez contemplada en el Decreto de fecha 1º de enero de 1873, dimanado por Antonio Guzmán Blanco, sobre esponsales y matrimonio civil, en su artículo 93 ordinal 2º, donde nació acumulada al exceso, sevicia o injuria grave, al contemplarse que:

Son causas legítimas de Divorcio: ...

2º. El Abandono Voluntario y los Excesos, Sevicia o Injuria Grave.

Tal redacción permaneció inmutable durante los Códigos Civiles de 1880, 1896 y 1904, y no fue sino hasta el Código Civil de corte gomecista de 1916, cuando se estableció como causal autónoma, separándola de los excesos, sevicia e injuria grave, al establecer en su artículo 189 que:

Son causas legítimas de divorcio: ...

2º. El abandono voluntario del hogar.

Justamente fue por esa modificación semántica que ese Código Civil de 1916 hizo al anexar el término “del hogar”, donde surgió la generalizada y errada creencia histórica de identificar exclusivamente al abandono voluntario con la vulneración o infracción del deber de cohabitación, materializada con la separación o desasimiento físico sin justa causa que haga uno de los cónyuges del domicilio conyugal; excluyendo la afectación o incumplimiento de otros diferenciados deberes conyugales que también en la realidad forman parte del elenco de posibilidades que viabilizan la procedencia de esta causal.

Afortunadamente, esta anexión semántica de “del hogar”, fue suprimida en el subsiguiente Código Civil de 1922, en el artículo signado con el mismo número 189, y a partir de entonces, por abandono voluntario se entiende no sólo por el quebrantamiento del deber conyugal de cohabitación sino se ha expandido y reorbitado para abarcar inclusive la vulneración de otros deberes de igual naturaleza marital, situación que ha permanecido incólume e inmutable hasta nuestros días, con la siguiente redacción:

Son causas legítimas de Divorcio: ...

2º. El Abandono Voluntario.

3. ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DE LA CAUSAL DE ABANDONO VOLUNTARIO

De la propia enunciación de la causal citada, casi toda la doctrina ha sido unánime al establecer una dualidad o bicefalia de elementos configurativos a efectos probatorios de la procedencia del abandono voluntario, a saber, por una parte, la existencia de un elemento objetivo constituido por el hecho material externo que evidencie el quebrantamiento por dejadez o desidia de alguno de los deberes conyugales enunciados; y por otra parte, el elemento subjetivo, encarnado por la volición interna, ánimo o intencionalidad del cónyuge culpable de incurrir en el abandono o de omitir el cumplimiento de los deberes conyugales generados por el estado conyugal –lo que ha sido catalogado por la jurisprudencia del derecho comparado como malicia en la desidia–.⁶

A estos dos elementos tradicionales nos permitimos agregar un tercero, encarnado y configurado por la injustificación de la conducta violatoria del deber conyugal, por cuanto no sólo bastaría la materialización del abandono y la voluntariedad de abandonar, sino que también resulta impretermisible al efecto de su viabilidad, que no exista justa causa en tal abandono, pues de ser justificado por la intervención de motivos externos e irresistibles a quien se le impute el abandono, no procedería la acción de disolución del vínculo matrimonial bajo la égida de esta específica causal.

Un ejemplo fáctico sería el caso de la expulsión de un cónyuge por su consorte del hogar conyugal, con lo cual se le impide no sólo la cohabitación sino también la convivencia regular, aunado al hecho de no dejarle sus ropas ni pertenencias, en esta situación es evidente que no se estaría gestando un abandono voluntario por el expulsado, sino por el contrario es el consorte que lo expulsó forzosamente del domicilio conyugal, quien está incurso en un verdadero acto de abandono intencional.

De manera pues que en el caso especial de la afectación del deber de cohabitación, el hecho unívoco de la ausencia de uno de los cónyuges del domicilio conyugal, por sí solo no implica la incursión en la causal, sino en la medida en que dicho desplazamiento esté aunado a elementos voluntarios y sobre los cuales no existan motivos justificatorios.

⁶ Es el caso de múltiples decisiones judiciales de Argentina y Uruguay.

4. ELEMENTOS PROBATORIOS DEL ABANDONO VOLUNTARIO

De la simple enunciación de los elementos configurativos podemos fácilmente deducir que no basta demostrar probatoriamente el hecho material de abandono o dejadez, sino también la voluntariedad e inclusive la injustificación en el obrar de la realización de la conducta, ya que:

...debe inquirirse, en lo posible, causas, motivos, circunstancias diversas que lleva al ánimo del juez, convicción de (sic) que el abandono ha sido libre, caprichoso, deliberado y no hijo de circunstancias contrarias al querer del cónyuge aparentemente culpable ... si bien es cierto que la Corte en otras decisiones ha declarado que el abandono se presume “voluntario”, ello debe entenderse no el simple abandono material que no es siempre prueba suficiente abandono voluntario, ...sino el abandono rodeado de determinados hechos apreciables por los sentidos, de los que se pueda presumir la voluntariedad de ese abandono. Lo que no puede exigirse al actor es la prueba directa de esa voluntariedad, es decir, exigirle la prueba de un hecho negativo, pues, como la misma Corte lo tiene establecido, no hay medio de prueba directa de la voluntad propia y menos de la ajena; ella, de fuero interno, sólo se presume o deduce de actos o hechos externos apreciable por los sentidos.⁷

De lo anteriormente transcrito emerge la inversión de la carga de la prueba para el demandado, ya que en este específico caso de la voluntariedad del abandono —la cual no puede ser probada por medios directos por ser un hecho negativo e interno—, corresponde al cónyuge demandado —por ejemplo en el caso de la sustracción o alejamiento del hogar conyugal— desvirtuar la presunción de voluntariedad en su contra con la irrefutable demostración y comprobación inequívoca de las causas justificantes, valederas o válidas que tuvo para asumir tal actitud, ya sean ajenas o propias, externas o internas, evidenciando las razones legítimas que le impulsaron a tomar esa determinación extrema de incumplir —como pudiera ser un justificativo o dispensa judicial otorgado previamente al desplazamiento de domicilio conyugal por razones laborales o motivado a razones de salud; o otras causas de fuerza mayor irresistibles, como peligro físico para evitar un mal grave o inminente

⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de fecha 29 de septiembre de 1982, Jurisprudencia Ramírez y Garay Año 1982. N°. 538-82

contra su persona, o que le impidan el ejecutar su deber de cumplimiento—, pues de lo contrario su proceder se presumirá como voluntario.

Así pues que al demandante sólo le correspondería acreditar el hecho material del abandono y en la medida de sus posibilidades probatorias demostrar algunos elementos y circunstancias diversas que hagan inferir al Juez la no coacción o apremio sobre la esfera volitiva del demandado en la consumación del abandono.

Otra decisión significativa de ser aludida en materia de prueba del abandono voluntario, que trata el tercer elemento aludido referido a la injustificación en la conducta lesiva del específico deber conyugal de cohabitación, es la dimanada por la Corte Federal y de Casación en el año 1934, al esgrimir que:

...el abandono voluntario ha de ser furtivo y fugitivo, conceptos a los cuales no es posible oponer el de abandono convenido, pues quien furtivamente huye para consumir un abandono conyugal, ni da consentimiento (sic) ni procede con el del abandono y tampoco podría ser el abandono materia de convenio, porque siendo un hecho ilícito, contrario al orden público y a las buenas costumbres, no puede ser pactado ni convenido...

Aun cuando los deberes conyugales son de orden público por lo tanto son irrelajables e inderogables por los cónyuges, por ende no es posible sujetarlos a acuerdo, pacto o convenio, por cuanto serían nulos, en materia procesal, si ambos consortes deciden bilateralmente cesar en el cumplimiento de deberes conyugales por mutuo consenso, aun cuando no es un elemento de justificación para incumplir, si se produciría una eventual deslegitimación a los efectos de demandar esa actitud de quebrantamiento como causal invocable de abandono, pues la premeditación recíproca en cesar el cumplimiento del deber conyugal, suprime cualquier eventual propósito de unilateralmente eludir la observancia de las obligaciones que impone el matrimonio. Tanto es así que inclusive en la reforma del Código Civil de 1982, para el caso específico del deber de cohabitación, se preceptuó en el artículo 185 A, la factibilidad de ese consenso en la fractura del deber conyugal, otorgando unos efectos de reconocimiento judicial a esa situación fáctica para la procedencia de la declaratoria del divorcio.

Es importante advertir que la consagración del abandono voluntario como “causal género o continente”, y su expresión particular o especie de la fractura del deber de cohabitación, busca como fin primordial el mantenimiento

de la armoniosa convivencia estable y permanente en el domicilio conyugal, aun a costa de desavenencias cotidianas que pueden surgir de esa misma constancia, pues de manera alguna esos desacuerdos y discrepancias —a no ser que revistan tal gravedad y magnitud— lograrán constituirse en verdaderos motivos legales para que uno de los integrantes del vínculo conyugal pudiera retirarse o desasirse del hogar común como sede o asiento principal de la pareja matrimonial, o que se abstenga o deje de cumplir con sus deberes matrimoniales en sus otras expresiones.

Del mismo modo, resulta obvio que si un sujeto unido en matrimonio decide unilateralmente alejarse del domicilio conyugal conculcando el deber de cohabitación que pende sobre sus hombros, de manera correlativa por lo general y casi automáticamente cesa en el cumplimiento de otros deberes ínsitos al estado marital, ya que la sustracción física viene acompañada de incumplimientos paralelos de esas obligaciones, como serían entre otros, el eludir la responsabilidad de cumplir con pautas económicas derivadas del status conyugal, de índole estrictamente subjetiva intraconyugales como es el caso de la asistencia recíproca o que vayan dirigidas al mantenimiento y soporte del estado matrimonial y familiar como es el caso de la contribución y cobertura de las cargas comunes.

Por otra parte, es significativo resaltar que la desidia y apatía en el cumplimiento de los deberes conyugales susceptibles de ser insertados en la causal de abandono voluntario, debe corresponder a verdaderos deberes consagrados en la legislación positiva y que palmariamente correspondan o emerjan consecuentemente de la asunción del estado conyugal, ya que mal podría pensarse que estaría configurada esta causal de abandono, por supuestas actitudes que un consorte pretenda exigir veleidosamente, unilateral e infundadamente a su cónyuge, como podría ser entre otras, la exigencia de una singular conducta caprichosa en específico; la realización de un quehacer doméstico que pretenda que un sujeto se inmole por el otro; la perpetuación de una labor o la prestación de una actividad que frívolamente sea requerida por un consorte al otro.

Por otra parte, su uso frecuente podría generar un eventual solapamiento o confusión con la causal de injuria grave, pues muchos comportamientos tipificables como abandono voluntario pudieran acarrear verdaderos actos injuriantes; sin embargo, es significativo destacar la diferenciación en cuanto a su entidad, significación y contenido, ya que puede existir abandono voluntario sin la configuración del ánimo injurioso, y a la inversa, lo que

tampoco impide que con ciertos actos de abandono o dejadez en el cumplimiento de deberes conyugales se injurie a su cónyuge, lo cual depende del establecimiento particular en cada caso concreto y dependiendo de cada comportamiento singular.

5. EL ESPECIAL CASO DEL LLAMADO “DÉBITO CONYUGAL”

Ejemplo paradigmático de uno de esos requerimientos sin fundamento alguno para ser exigido intraconyugalmente, es el caso del llamado débito conyugal, débito carnal o débito copular, defendido en la actualidad por un sector de la doctrina⁸ civilista de evidente influencia canonista, el cual aun cuando no existe, no se contempla ni se deriva de ninguna normativa de derecho positivo, se pretende aducir inexplicablemente su existencia e imperatividad, al afirmar que:

El débito conyugal es el deber – derecho que asiste a los cónyuges de sostener entre ellos relaciones textuales. O, como dice López Herrera, “el derecho a exigir al otro que consientan y se preste a llevar el acto carnal, pero al mismo tiempo ... el deber de consentir a su vez en que se efectúe ese acto”. El incumplimiento de la cohabitación o del débito conyugal, genera base suficiente como causal de divorcio, por abandono voluntario.⁹

Tal afirmación en tiempos actuales nos genera absoluta sorpresa y estupor, por cuanto esa pretendida obligación de efectuar actos carnales carece totalmente de fundamentación legal en nuestro derecho positivo, ya que ni en el artículo 137 ni en el 139 del Código Civil vigente, preceptos que enuncian las obligaciones o deberes conyugales, se desprende o engendra la posibilidad jurídica de exigir dicho comportamiento, así como tampoco podría deducirse o inferirse que tal conducta sea de imperativo cumplimiento por cónyuge alguno.

Sin lugar a dudas, esa conducta en manera alguna es susceptible de gozar de coercibilidad, en el sentido de contar con la posibilidad lógica y reverencial de la aplicación de una sanción civil, que en este caso únicamente sería la disolución del vínculo conyugal. Así como tampoco, jamás podría ser susceptible de ser exigida coactivamente por la fuerza o en contra de la voluntad de uno de los

⁸ Bocaranda, Juan José. *Guía Informática del Derecho de Familia*. Tomo I. Tipografía Principios. Caracas. 1994.

⁹ Bocaranda, Juan José. *Guía Informática del Derecho de Familia*. Obra Citada. pp. 389 y 390.

participantes de la unión marital. Pensar lo contrario sería legitimar conductas reprobables ejecutadas por algún cónyuge sobre la libertad sexual de su consorte, al extremo de consumarse de alguna manera el ilícito penal de violación, por cuanto evidentemente se estaría quebrantando el bien jurídico tutelado de libertad de selectividad sexual del cónyuge que no desee efectuar el coito, en ese específico momento o situación determinada.

Esta lapidaria afirmación en algún momento quizás no era muy evidente para cierto sector de la doctrina penal, que consideraba retardatariamente la imposibilidad de la consumación del delito de violación entre cónyuges, bajo la sombría afirmación que entre cónyuges no podría darse el ilícito penal de violación, pues subyacía un supuesto deber u obligación permanente de prestarse al coito, inclusive en contra de su voluntad, a lo cual podía llegarse inclusive forzando su consumación de manera coactiva o por violencia física.

Hoy por fortuna, no hay duda alguna de la inviabilidad de esta atávica tesis superada, pues esa conducta está consagrada como un tipo penal específico, sancionado con restricción de libertad personal, en la mal llamada ley contra la violencia de la mujer y la familia, en sus artículos 18 en concordancia con el artículo 7, publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 36.351, de fecha 03 de septiembre de 1998.

La cesión de créditos hipotecarios y la regla del accesorio*

Alfredo DE JESÚS O.**

SUMARIO:

Introducción

1. **¿Lo principal no sigue la suerte de lo accesorio:** **A.** *La hipoteca no reviste de su carácter inmobiliario al crédito.* **B.** *La cesión del crédito hipotecario no es una operación de carácter inmobiliario.*
2. **...Es lo accesorio lo que sigue la suerte de lo principal!:** **A.** *El régimen de la transmisión de los accesorios se rige por el régimen de la cesión del crédito.* **B.** *La eficacia de la transmisión de los accesorios depende de la eficacia de la cesión del crédito.*

Conclusión

* En la revisión y comentarios del texto, he contado con la imprescindible ayuda de dos apreciadísimos colegas, mi padre Alfredo De Jesús S. y mi amiga Mariana Ramos Oropeza a quienes agradezco muy especialmente. Sin embargo, ninguno de ellos es responsable por las conclusiones incluidas en este artículo, ni comparten necesariamente las mismas.

** **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado mención *cum laude*. **Universidad Panthéon Assas** - París II, Diploma de estudios profundos (DEA) de Derecho Privado General de la Escuela Doctoral de Derecho Privado de la mención *assez bien*. **Universidad Panthéon Assas** - París I, Diploma de estudios profundos (DEA) de Derecho Comercial y Económico de la Escuela Doctoral de Derecho Comercial. **Universidad Católica Andrés Bello**, Investigador Asociado del Centro de Investigaciones Jurídicas. Ex preparador ordinario de las cátedras de Derecho Procesal Civil I y de Derecho Civil IV, Contratos y Garantías. **Universidad de Havre** (Francia) Profesor invitado. Conferencista invitado tanto en Venezuela como en el extranjero. Autor de varios libros y artículos en revistas especializadas sobre derecho privado. **Escritorio Jurídico Hinestrosa & De Jesús**, Abogado Asociado.

INTRODUCCIÓN

1.- Normalmente suelo llevar varias investigaciones paralelas y llegado el momento apropiado selecciono la más avanzada de ellas para escribir y compartir los resultados. Sin embargo, al recibir la muy agradecida invitación del doctor Fernando Parra Aranguren para participar en el Libro Homenaje al profesor Gert Kummerow decidí seguir adelante con una de esas investigaciones que había dejado “para después”. La cantidad de dificultades que rodeaban el tema de la cesión de créditos hipotecarios traía consigo esa extraña sensación que inspira lo que pareciera no tener solución. Las aparentes contradicciones del Código Civil, las complicaciones suscitadas por una jurisprudencia poco clara y las muchas veces inadaptables soluciones aportadas por el derecho comparado hacían de este tema un verdadero desafío que parecía exigir algo más de tiempo para su maduración. Pero por otro lado, qué mejor tema para rendir homenaje a un gran civilista especialmente vitoreado por sus aportes al estudio de los bienes y los derechos reales. Las circunstancias obligaron a tomar la grata decisión de suspender los otros trabajos para dedicar tiempo completo al estudio de la regla del accesorio, de la división y diferenciación entre los derechos reales y los derechos de crédito, pasando por las especulaciones sobre los conceptos de “cosa” y de “bien” y la inconsistencia de nuestra legislación civil al respecto, temas a los que el profesor Kummerow ha contribuido de forma incuantificable. Además, de nuevo, el estudio de la cesión de créditos, institución con la que descubrí mi gusto por la investigación jurídica y que sin dudas hace aún más agradable ofrecer estas líneas en tan merecido homenaje.

2.- La regla del accesorio está contenida en uno de esos viejos aforismos jurídicos que por su sabiduría, su sencillez, su universalidad y por su procedencia de la lógica y del buen sentido parecieran condenados a la eternidad: *accessorium sequitur principale* (lo accesorio sigue la suerte de lo principal). Este aforismo, intemporal, como tantos otros, conserva invariablemente su fuerza y su imperio.¹ Su formulación sencilla, producto de la lógica y la política jurídica nos permiten deducir determinadas consecuencias y establecer respuestas precisas a determinados problemas jurídicos adaptados siempre a la finalidad de la norma.² Estas características han hecho del em-

¹ Roland, Henri et Boyer, Laurent. *Adages du droit français*. Avertissement pour la deuxième édition. 4^e édition. Litec. París, 1999.

² Ver Goubeaux, Gilles. *La règle de l'accessoire en droit privé*. Préface, Denis Tallon. Bibliothèque de droit privé sous la direction de Henry Solus, Tome XCII. LGDJ. París, 1969. p. 17-18 N° 7. – Tunc, André. *Logique et politique dans l'élaboration du droit, spécialement en matière de responsabilité civile* in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, tome I. Sirey. París, 1963. pp. 317-318.

pleo de este aforismo una cuestión habitual –por no decir cotidiana– entre practicantes, y ha servido de forma igualmente regular para justificar nuestras decisiones de justicia.³

3.- Satisfechos por la enunciación del aforismo, para ponerlo en práctica se hace imperioso determinar qué es lo accesorio, qué es lo principal y qué quiere decir que lo accesorio “siga” la suerte de lo principal. Al respecto, podríamos dedicar capítulos extensos al estudio de las nociones de principal y accesorio, lo que ciertamente desborda el objeto de este estudio. Por ello, nos limitaremos simplemente a hablar de la relación de principal y accesorio, para luego determinar lo que es un crédito y cuales son los accesorios del crédito. En cuanto a la relación principal-accesorio, es necesario recordar –como señala Goubeaux– que no se trata de una simple juxtaposición efímera el hecho de que un accesorio se adjunte a lo principal. Toda la originalidad del vínculo entre los dos elementos se debe al rol de soporte que tiene lo principal, sin importar que el objetivo del accesorio sea servir al principal o que simplemente le deba su existencia: el accesorio sólo estaría incompleto, le faltaría algo que no puede encontrar sino en su relación con lo principal.⁴ Sobre lo que es un derecho de crédito nos basta con recordar que se trata de una relación jurídica entre dos o más personas, por medio de la cual una de ellas, llamada acreedor, puede exigir a otra, llamada deudor, la ejecución de una determinada prestación. Dicho esto, los accesorios del crédito son –según nos señala el profesor Cabrillac– todos aquellos derechos que han sido concebidos, por la ley o por las partes, para su servicio exclusivo.⁵ La función de servicio exclusivo de un crédito estaría determinada por aquellos derechos que tienen incidencia en su valor económico (entiéndase por ejemplo, cláusulas de indexación o cláusulas de intereses moratorios) o que inciden en su poder coercitivo (garantías, cláusulas resolutorias, cláusulas de arbitraje, por ejemplo).

³ A título de ejemplo, ver, Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 08 de febrero de 2001, en el caso de Leopoldo López Mora contra Haydée Galarraga. Magistrado ponente Antonio Ramírez Jiménez. - Sentencia de la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 27 de agosto de 2003, en el juicio de la Federación Nacional de Ganaderos de Venezuela (Fedenaga) y la Asociación Civil Ganaderos de Machiques (Gadima). Magistrado ponente: Yolanda Jaimes Guerrero. Y de la misma Sala, con fecha 21 de agosto de 2003, en el juicio de Rogelio Cartaya Acosta contra el Instituto Nacional de Canalizaciones. Magistrado ponente: Hadel Mostafá Paolini.

⁴ Goubeaux, Gilles. *Ob. Cit.*, p. 70, N° 39.

⁵ Cabrillac, Michel. *Les accessoires des créances* in *Études dédiées à Alex Weill*. Dalloz-Litec. París. p. 115.

4.- Ahora bien, esa relación jurídica que llamamos crédito o derecho de crédito, en virtud de representar también un valor patrimonial, puede circular bajo el concepto de bien.⁶ La cualidad de acreedor puede entonces ser transmitida a otra persona distinta al acreedor original. Esta transmisión puede verificarse tanto a título universal como a título particular. En el presente estudio nos ocuparemos exclusivamente de la transmisión del crédito a título particular y principal, es decir, del mecanismo llamado cesión de créditos regido por los artículos 1.549 y siguientes del Código Civil venezolano. Hemos dicho, a título particular y principal, para diferenciar la transmisión del crédito por vía principal (vía cesión de créditos) de la transmisión por vía accesoria, que se verifica mediante la figura conocida como pago con subrogación que se encuentra regulada en los artículos 1.298 y siguientes del mencionado texto. Sin embargo, las conclusiones a las que lleguemos respecto de la transmisión de créditos a través del mecanismo de la cesión de créditos, son en principio aplicables a las transmisiones verificadas por vía de pago con subrogación.⁷

5.- Toda esta disertación sobre la regla del accesorio y sobre la cesión de créditos parecía necesaria para presentar el problema de derecho que estudiaremos a continuación. Sólo mediante un conocimiento claro de estas nociones podremos comprender los orígenes y alcance de la discusión de fondo que se presenta en materia de cesión de créditos hipotecarios, en concreto, el tema de la transmisión de la hipoteca por vía accesoria al crédito en la operación de cesión de créditos. En definitiva, las preguntas a las que intentaremos dar respuesta son: ¿cómo y cuándo se transmite la hipoteca cuando garantiza un crédito que es objeto de una cesión regida por el Código Civil? La respuesta parece ser muy sencilla: la hipoteca se transmite de pleno derecho con el crédito desde el momento en que haya consenso entre el cedente y el cesionario sobre los elementos esenciales de la operación. Por lo menos, es esta la solución que quiso nuestro legislador al redactar los artículos

⁶ De Jesús O., Alfredo. *La cesión de créditos. Contribución a una teoría jurídica de la cesión de créditos en el marco del derecho general de las obligaciones*. Caracas, 2002. pp. 28 y ss.

⁷ Lo que concuerda con la opinión del profesor Mélich-Orsini, expresada en su valioso trabajo sobre el pago, la cual citamos a continuación: “Podemos concluir, pues, que la subrogación trasmite al subrogado los derechos del acreedor original con sus accesorios, que lo serían las acciones para hacer efectiva la acreencia y los privilegios o hipotecas que garantizan la eficacia de tales acciones. Este efecto traslativo de la subrogación opera no sólo frente a los deudores del crédito subrogado, sino también frente a los terceros, quienes no podrían cuestionar los derechos del subrogado para recuperar como propia la acreencia en que se ha subrogado en la exacta medida del pago efectuado. Esta eficacia de la subrogación se produce por voluntad de la ley, sin necesidad de notificaciones o de otra forma de publicidad”. Mélich-Orsini, José. *El pago*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2000. pp. 209-210.

1.549 y 1.552 de nuestro Código Civil. Sin embargo, la Sala de Casación Civil parece no haberlo visto de esta manera.

6.- Si ya la posición de la Sala era por lo demás, injustificable, una nueva sentencia terminó de revelar una gran confusión que bien amerita un par de palabras y un momento de reflexión. Dos palabras, injustificable y confuso para referirnos a la controversia y el momento de reflexión para preguntarnos por qué la Sala se pronunció en los términos en los que lo hizo. Injustificable, porque en 1979,⁸ la Sala decidió que la cesión de un crédito garantizado con hipoteca, era un contrato formal (en contradicción con el carácter consensual que se deduce de los artículos 1.162 y 1.549 del Código Civil), siendo la formalidad necesaria para hacer válida la cesión, el registro de la operación. La razón de esto: “como el documento constitutivo de la hipoteca primitiva debe ser registrado para que tenga existencia legal (Artículo 1.879 del Código Civil) fuerza es también que a ese fin se cumpla el mismo requisito formal en el documento de cesión”. Es decir, según este criterio, ¿la cesión de créditos hipotecarios es un contrato formal porque la constitución de la hipoteca es un acto formal! Nos preguntamos al respecto, ¿qué tiene que ver la constitución de la hipoteca con la cesión de un crédito hipotecario?

Confuso, debido a que la Sala en una sentencia reciente⁹ cita y transcribe parte de esa sentencia de 1979, sin decir para qué la cita y la transcribe. Al respecto se limita a decir que “a título ilustrativo y para mejor comprensión de la decisión que ocupa la atención de la Sala, se transcribe parcialmente la sentencia en comentario, la cual expresa: ...”. Eso fue todo. Valga decir, que las referencias a “la decisión que nos ocupa” y “la sentencia en comentario” aluden a la sentencia de 1979. No sabemos si se citó dicha sentencia para confirmar lo que en ella se dijo —o lo que se cree que se dijo— o para alzarse en contra de ella y establecer un nuevo criterio. Esto nos sitúa en frente de dos caminos. El primero es decir que la sentencia fue citada para ratificar su criterio; y el segundo es decir que fue citada para alzarse contra ella y cambiar de criterio. Pero lo más difícil es el punto de partida. ¿Qué dijo exactamente la sentencia de 1979? Así pues, despojados de cualquier elemento fiable de orientación, debido al carácter incomprensible de la sentencia de 1979,

⁸ Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 09 de agosto de 1979 en el caso de Francisco Graterol contra Francisco Pietrantoni Carranza. Magistrado ponente: Rafael Rodríguez Méndez.

⁹ Sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 17 de septiembre de 2003, en el caso de Estudios y Proyectos Micomo, C.A., contra Inversiones Evebin, C.A. y Vittorio Petrica Sugaro. Magistrado ponente: Carlos Oberto Vélez.

tomaremos como punto de referencia lo que la sentencia de 2003 interpretó —¡o inventó!— sobre lo que dijo la de 1979. Esta vía tampoco es la más deseable, pero sigamos por ella.

7.- En la página 5 de la sentencia de 2003, la Sala expresó lo siguiente: “Mediante jurisprudencia de vieja data (Sentencia N° 128, de fecha 09-08-79 en el juicio de Francisco Graterol contra Francisco Pietrantoni Carranza) la Sala estableció que la cesión de un crédito garantizado con hipoteca, **requiere, para su validez** la formalidad de registro, ello se justifica según lo expresa la decisión señalada, en razón de que la cesión al no poseer la formalidad registral, carece de vida jurídica, impidiendo, así mismo, la traslación del derecho al cesionario y, por vía de consecuencia, la posibilidad de ejecutar la garantía” (destacado nuestro). Es decir, para la Sala en el 2003, la sentencia de 1979 exige el registro de la cesión del crédito hipotecario como condición de validez de la operación, en otras palabras, según este criterio, la cesión de un crédito garantizado con una hipoteca es un contrato formal. No diremos más por ahora.

Sin embargo, en la página 7, la Sala pronunciándose sobre el caso bajo examen, establece lo siguiente: “En este orden de ideas, y como resultado del estudio profundo realizado a las actas procesales; se observa que efectivamente y como acertadamente lo denuncia el formalizante, el documento mediante el cual se efectuó la cesión, exhibe el carácter de autenticado, **hecho que no le resta valor como documento¹⁰ frente a las partes que lo suscriben**, pero es oportuno considerar que de declararse con lugar la pretensión sería imposible para el cesionario hacer efectivo el pago preferente de su crédito, en razón que el documento primigenio mediante el cual se constituyó la garantía, identifica a otra persona como acreedor” (destacado nuestro). De lo anterior, vemos que la Sala en la página 7 de su sentencia de 2003, traslada el problema aparentemente planteado por la sentencia de 1979. Ya no se trata de un problema de validez de la cesión del crédito hipotecario sino de su oponibilidad frente a terceros. Dicho esto, podemos concluir —aunque no estemos convencidos de que ésta haya sido la intención—¹¹ que la Sala operó un cambio de criterio en la materia. Siendo el nuevo criterio el siguiente: la cesión de un crédito hipotecario es perfecta y el crédito junto con la hipoteca se transmiten de pleno derecho desde que haya consentimiento entre el cedente y el cesionario sobre los elementos esenciales de la

¹⁰ Entendamos por “valor como documento”, la validez del acto consta en el documento.

¹¹ Tomando en consideración la extensa transcripción de la sentencia de 1979.

operación, pero será oponible a terceros desde el momento de su registro. Sin embargo, este criterio debe ser censurado porque una norma especial en materia de cesión de créditos –el artículo 1.550 del Código Civil– regula el tema de la oponibilidad de la cesión del crédito (y sus accesorios) frente a terceros, entendiéndose, mediante la notificación al deudor cedido o mediante su aceptación.

8.- Pero como el modo en el que hemos expuesto el “nuevo criterio” de la Sala de Casación Civil no es ni técnico ni fiable –y que de hecho no es sino una interpretación plagada de dudas–, es por lo que un estudio sobre este tema se hacía necesario. Sin embargo, un estudio breve como éste, no podría pretender abarcar con los detalles y la amplitud deseables todas las complejidades que presenta este tema. No obstante, nos pronunciaremos en esta oportunidad para resaltar el carácter de urgencia de que esta ambigüedad sea resuelta y para ofrecer algunas pistas para la reflexión sobre la materia, proponiendo un cambio de los aparentes criterios jurisprudenciales que hemos señalado.

9.- El estudio que hemos hecho de la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera sobre el tema, nos revela aparte de una gran inestabilidad de los criterios establecidos (principalmente a nivel de jurisprudencia), varios problemas de fondo que surgen en la medida en que se profundiza el análisis. El ámbito de este estudio, no es sólo del derecho de las obligaciones, sino del derecho de los bienes y del derecho registral. La inexplicable absorción de lo principal por lo accesorio que hemos constatado en algunas legislaciones y decisiones extranjeras, no constituyen sino testimonios de la complejidad del tema.

10.- La pregunta de fondo a la que pretendemos conseguir una respuesta técnica y concreta es la siguiente. ¿Las normas de oponibilidad frente a terceros previstas para la cesión de créditos en el artículo 1.550 del Código Civil, se aplican igualmente a la oponibilidad de la hipoteca frente a terceros? De esta pregunta inicial se derivan varias otras a las cuales intentaremos responder de la misma manera. Ejemplo de estas otras preguntas son las siguientes: ¿Un crédito por el hecho de estar garantizado por una hipoteca, se convierte en un bien inmueble? ¿Cómo se resuelve el eventual conflicto entre varios cesionarios sucesivos del mismo crédito cuando uno de ellos hizo oponible la cesión a través de la notificación al deudor cedido y el otro que pretende imponérsele por el solo hecho de haber registrado la operación? Esta cuestión no acepta términos medios, por lo que no aceptaremos una opinión que exprese que en lo referente al crédito se aplicarán las reglas de la cesión de créditos y en lo referente a la transmisión de la hipoteca se aplicarán las normas relativas al

Registro Público. Tal respuesta, propuesta y superada en el derecho comparado nos llevaría a negar el carácter accesorio de la hipoteca.

11.- Es por ello que estamos convencidos de que el punto de partida de esta disertación pasa necesariamente a través del estudio de la regla del accesorio y del aforismo que reza que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Para ello, enunciamos e insistiremos –como recomienda Goubeaux– en que la regla de lo accesorio se compone de dos formulaciones que invertiremos, a los efectos de hacer más comprensible lo que tenemos que decir, criticando primero para luego construir. Estas son, en primer lugar, que lo principal no sigue la suerte de lo accesorio (I) y, en segundo lugar, que es lo accesorio lo que sigue la suerte de lo principal (II). Dos fórmulas que carecerían de sentido si no pudieran aplicarse al mismo tiempo a las mismas hipótesis.¹²

1. ¿LO PRINCIPAL NO SIGUE LA SUERTE DE LO ACCESORIO...

12.- Del breve análisis que hemos hecho de la jurisprudencia nacional y de alguna que otra sentencia extranjera, hemos constatado que una confusión conceptual sobre lo que significa el carácter accesorio de la hipoteca ha contribuido a crear una tendencia equívoca que lleva a pensar que la hipoteca –siendo lo accesorio por su esencia–, absorbe a lo principal, revistiéndolo de sus características propias, cuando la lógica y el buen sentido nos indica lo contrario. Por ello es conveniente rechazar los dos argumentos de fondo que han pretendido hacer de la cesión de créditos hipotecarios una operación de naturaleza inmobiliaria, expresando con vehemencia que la hipoteca no reviste de su carácter inmobiliario al crédito (A) y que en consecuencia, la cesión del crédito hipotecario no es una operación de carácter inmobiliario (B).

A. LA HIPOTECA NO REVISTE DE SU CARÁCTER INMOBILIARIO AL CRÉDITO

13.- El camino para llegar a esta solución es bastante sencillo. Tan sólo debemos recordar que la hipoteca es un derecho real accesorio (1) haciendo énfasis en las consecuencias de esta característica esencial, para luego analizar el carácter inmobiliario que nuestro Código Civil¹³ atribuye a la institución (2),

¹² Goubeaux, Gilles. *Op. Cit.* p. 70, N° 39.

¹³ Si bien nuestro ordenamiento jurídico admite la constitución de hipotecas sobre cosas muebles, éstas se rigen por una ley especial, la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de Posesión, *Gaceta Extraordinario* N° 1.575 del 04 de abril de 1973. Nuestro estudio se limita a la hipoteca inmobiliaria consagrada por nuestro Código Civil en los artículos 1.877 y ss.

para concluir que estas características, si bien son esenciales al concepto de hipoteca, no son extensibles al derecho de crédito que garantiza en virtud de su relación de estricta dependencia y accesoriedad con este último.

1.- La hipoteca es un derecho real accesorio.

14.- A diferencia de los otros derechos subjetivos patrimoniales (los derechos de crédito y los derechos intelectuales), la hipoteca es un derecho real, es decir, un vínculo jurídico entre una persona y una cosa.¹⁴ Este derecho implica para su titular además del contenido propio del derecho de hipoteca (la función de garantía), el derecho de persecución y el derecho de preferencia sobre la cosa hipotecada.

En la teoría general de los derechos reales, solemos hacer la distinción entre los derechos reales principales y los derechos reales accesorios. Los primeros existen de manera autónoma e independiente (el derecho de propiedad y sus desmembramientos) y los segundos, vinculados a un derecho de crédito en forma de garantía. Es en esta última categoría donde ubicamos a la hipoteca, como un derecho real vinculado a un derecho de crédito en forma de garantía: como un derecho accesorio.¹⁵ Esta característica está expresamente consagrada por nuestro Código Civil, cuyo artículo 1.879 señala que “la hipoteca es un derecho real constituido sobre los bienes del deudor o de un tercero, en beneficio de un acreedor, *para asegurar* sobre estos bienes el cumplimiento de una obligación” (Cursivas nuestras).

Este carácter accesorio tiene un contenido de gran importancia porque en definitiva es lo que nos va a permitir interpretar de forma adecuada las inquietudes que en un momento determinado podamos tener sobre esta materia. Este carácter accesorio nos explica y caracteriza la finalidad de la hipoteca. Teniendo claro cuál es el fin de la hipoteca, nuestras interpretaciones de sus normas deben estar orientadas entonces a que ese fin se cumpla. Ese fin no es otro que la garantía del crédito.

15.- Pero no es sólo que la hipoteca tenga un carácter accesorio. La hipoteca junto con las otras garantías reales o personales han sido la piedra angular en

¹⁴ Entendamos el término “cosa” desde un punto de vista técnico-jurídico, es decir, como un objeto corporal.

¹⁵ Al respecto ver, Aguilar Gorrondona, José Luis. *Contratos y Garantías. Derecho Civil IV*. Universidad Católica Andrés Bello. 10ª edición. Caracas, 1996. p. 76. - Sillery López de Ceballos, Ricardo. *El carácter accesorio del derecho de hipoteca*. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1968. pp. 51 y ss. - De Jesús S., Alfredo y De Jesús O., Alfredo. *La hipoteca convencional inmobiliaria y el contrato de línea de crédito bancaria*. Caracas, 2002. p. 68.

la elaboración de la teoría de los accesorios del crédito, al punto de que se llegara a pensar en los tiempos de la exégesis que las garantías eran los únicos accesorios que podía tener un crédito. Esto deriva de una razón muy particular y que tiene una íntima relación con el mecanismo de la cesión de créditos. Esto es que el único artículo de nuestro Código Civil –aunque también pueda deducirse de otros supuestos–¹⁶ que se refiere a los “accesorios de un crédito” es el 1.552 ubicado dentro del Capítulo relativo a la cesión de créditos. En este sentido, la cesión de un crédito “comprende los *accesorios de ese crédito*, tales como las cauciones, privilegios o hipotecas”.

16.- La calificación de la hipoteca como accesorio de un crédito tiene unas consecuencias bastante precisas y particulares. En primer lugar, que no se concibe la *existencia* de una hipoteca sin la existencia de una obligación principal a la cual garantice (Artículo 1.877); en segundo lugar, que la hipoteca se *transmite* junto con el crédito (Artículo 1.552); y en tercer lugar, que si la obligación principal se extingue, esa *extinción* afecta igualmente a la hipoteca (Artículo 1.907). Tenemos entonces que en virtud del carácter accesorio de la hipoteca, su existencia, su transmisión y su extinción depende de la existencia, transmisión y extinción del crédito que garantiza.

17.- Pero no por lo anterior, la hipoteca se ve despojada de sus otras características, por ejemplo, del carácter inmobiliario de la cosa sobre la cual recae. El derecho accesorio es jurídicamente distinguible del derecho principal, lo único es que por su relación de principal-accesorio, lo accesorio está destinado a seguir la suerte de lo principal. Sin embargo, como ya hemos anunciado, este carácter inmobiliario de la cosa sobre la cual recae el derecho de hipoteca suele ser mal comprendido y por ende aplicado de una forma que contrasta con la finalidad de la hipoteca y su naturaleza. Por ello, consideramos conveniente analizar brevemente ese carácter inmobiliario.

2.- La hipoteca es un derecho real inmobiliario.

18.- Si bien la definición del Código Civil no es muy precisa por cuanto atribuye a la hipoteca la definición general de derecho real de garantía: “la hipoteca es un derecho real constituido sobre los bienes del deudor o de un tercero, en beneficio de un acreedor, para asegurar sobre estos bienes el cumplimiento

¹⁶ Otro artículo, el 1.299 ordinal 1º, también contribuye a la elaboración del concepto de accesorio del crédito pero su formulación no es tan precisa como la del artículo 1.552. Se trata de los efectos del pago con subrogación y la consecuente subrogación convencional “en los derechos, acciones, privilegios o hipotecas” que tenía el acreedor contra el deudor, siempre que la subrogación sea expresa y hecha al mismo tiempo del pago.

de una obligación” (Artículo 1.877 del Código Civil), de una lectura detenida del resto de su regulación y de otras figuras vecinas como la prenda, podemos llenar las deficiencias conceptuales que pueden constatarse. De hecho, si no fuera porque del resto de las normas que regulan la hipoteca se desprende claramente que ésta recae sobre una cosa inmueble y por la mención expresa del artículo 1.837 que dispone que la prenda recae sobre una cosa mueble, la cuestión sería bastante confusa. Podríamos pensar que la prenda y la hipoteca son derechos idénticos, lo que, dicho sea de paso, tiene una justificación histórica particularmente interesante.¹⁷ Pero a nadie le queda dudas al respecto. La hipoteca prevista en el Código Civil es un derecho real accesorio que recae sobre una cosa inmueble y que se constituye con el fin de garantizar un crédito determinado.

Por otro lado, el carácter de derecho inmobiliario se desprende también del artículo 530 del Código Civil, el cual incluye a la hipoteca como un inmueble “por el objeto a que se refiere”.

19.- La mayor parte de la doctrina venezolana señala que la hipoteca nace a través de un contrato solemne, siendo esta solemnidad el registro del documento de constitución de la hipoteca en la oficina de registro de la circunscripción donde se ubica el inmueble. Tal interpretación derivaría del artículo 1.879 del Código Civil, el cual establece en un lenguaje ciertamente confuso que “la hipoteca no tiene efecto si no se ha registrado con arreglo a lo dispuesto en el Título XXII de este Libro”. Lo dispuesto en dicho título regula lo relativo al registro público. En otra oportunidad nosotros hemos señalado que esta formalidad del registro de la constitución, como formalidad de validez (*ad substantiam*) fue desplazada por la nueva Ley de Registro Público y del Notariado, haciendo que la constitución se verifique en una notaría pública y que su registro no sea más que un requisito de oponibilidad frente a terceros, pero no insistiremos ahora sobre este punto.¹⁸ Lo importante es que por la razón que sea, el documento en el cual conste la declaración del constituyente de la hipoteca debe registrarse. El que este registro sea a los fines de dar nacimiento al gravamen (condición de validez) o a los fines de hacerla oponible a terceros (condición de oponibilidad), en lo que respecta a

¹⁷ Lévy, Jean-Philippe et Castaldo, André. *Histoire du droit civil*. Dalloz. 1^{er} édition. París, 2002. p. 1067, N° 760 et s. - Lévy, Jean-Philippe. *Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles* in *Diachroniques, essais sur les institutions juridiques dans la perspective de leur histoire*. Editions Loysel. París, 1995. pp. 169 -204.

¹⁸ De Jesús S., Alfredo y De Jesús O., Alfredo. *Op. Cit.* Caracas, 2002. pp. 54 y ss.

nuestro tema, resulta indiferente. Lo que sí es importante señalar y sobre lo que debemos insistir es que lo que el Código Civil exige que debe registrarse es el “documento constitutivo” de la hipoteca.

20.- Una vez analizado el carácter accesorio e inmobiliario del derecho real de hipoteca y concluido que el carácter inmobiliario en virtud de la accesoriedad de ésta no afecta la naturaleza jurídica del crédito, debemos también concluir por orden lógico, que tampoco afectará la naturaleza de la operación por la cual se transmite el crédito junto con la hipoteca que lo garantiza. Pero, sin embargo, se hace conveniente profundizar sobre esta segunda conclusión.

B. *LA CESIÓN DEL CRÉDITO HIPOTECARIO NO ES UNA OPERACIÓN DE CARÁCTER INMOBILIARIO*

21.- Hemos visto que la hipoteca es un derecho inmobiliario, para ser específicos, un bien inmueble por el objeto al que se refiere. También hemos visto que su naturaleza es esencialmente accesorio y que por lo tanto su existencia, transmisión y extinción depende estrechamente de la existencia, la transmisión y la extinción del crédito que garantiza. Ahora bien, existe en nuestro medio jurisprudencial una tendencia equívoca a catalogar la cesión de un crédito garantizado con hipoteca como una operación inmobiliaria, lo que resulta a todas luces conflictivo. ¿Por qué razón la naturaleza jurídica del accesorio va a afectar la calificación y la naturaleza jurídica de la operación por la cual se transmite lo principal? Siendo más precisos ¿por qué la cesión de un bien mueble (el crédito) va a ser catalogada como inmueble por el simple hecho de que uno de los accesorios recaiga sobre una cosa inmueble? Pareciera que la cuestión no tiene mucho sentido.

22.- Esta extraña interpretación la encontramos en la base a los razonamientos de las sentencias de la Sala de Casación Civil. Lo difícil del caso es que un artículo ubicado en el capítulo referente a la hipoteca y que trata sobre la cesión del crédito hipotecario ha dado pie a esta errónea concepción, arrastrando consigo una serie de consecuencias incompatibles con el régimen general y especial de la cesión de un crédito hipotecario. La confusión comienza al decir que un crédito hipotecario es un derecho susceptible de hipoteca para, en consecuencia, exigir que su transmisión esté sujeta a la formalidad registral. Pero si bien la cuestión requiere una interpretación profunda de estos artículos, la respuesta es categórica: el crédito no es un derecho susceptible de hipoteca (1). Por lo tanto, la cesión de un crédito hipotecario no es un acto que deba registrarse para ser oponible a terceros (2).

1.- El crédito hipotecario no es un derecho susceptible de hipoteca.

23.- Del estudio realizado sobre el derecho de hipoteca, nos hemos referido siempre a su carácter real, es decir, que la hipoteca es un derecho real, un derecho real accesorio. Esta calificación de derecho real se debe a que el derecho de hipoteca se caracteriza por ser un vínculo jurídico entre una persona (titular del derecho de hipoteca) y una cosa (el inmueble).

En un estudio en el que profundizábamos sobre estos temas de la clasificación de los bienes, llegamos a la conclusión de que nuestro Código Civil cargaba con una deficiencia técnica en cuanto al concepto de “cosa” y el concepto de “bien”.¹⁹ Una deficiencia que es tratada en todos los libros y manuales referentes al derecho de bienes²⁰ y reseñada generalmente como una cuestión de simple “técnica”,²¹ aunque no por ello destinada al entretenimiento de los tecnócratas. Casos como el que nos ocupa, nos reafirma el valor y la vigencia de esa técnica rigurosa en la interpretación de la regla de derecho. Precisamente la supuesta “hipoteca” sobre un crédito hipotecario, no es sino otro fiel ejemplo de que la ley no es perfecta, y es ahí donde verdaderamente juega la técnica y la ciencia a favor de la práctica.

24.- El artículo problemático es el 1.882 del Código Civil, que si bien, acertadamente indica que “el acreedor puede ceder su crédito hipotecario”, complica la situación al señalar que “puede también hipotecarlo para seguridad de una deuda suya o de un tercero”. No es el objeto del presente estudio determinar con precisión cuál fue la intención del legislador al redactar este artículo. ¿Crear con las instituciones disponibles (para el momento de la redacción del código) una forma de cesión de crédito a título de garantía? ¿Eternizar el ya superado pragmatismo romano y medieval de constituir derechos

¹⁹ De Jesús O., Alfredo. *Op. Cit.* Caracas, 2002. pp. 45 y ss.

²⁰ “Desde el ángulo del Derecho Positivo, las divergencias entre cosas y bienes no son apreciables. Doctrinariamente, por contraste, con ambos términos se alude a una diversidad de aspectos: cosa apunta de este modo, a entidades objetivas, separadas e independientes del sujeto; bien alude a la idea de interés, de ventaja, en razón directa e inmediata a un sujeto. La escisión, a pesar de ello, es más bien aparente, como lo demuestra el hecho de que, a los fines jurídicos, la noción de cosa coincide con la noción de bien cuando a la primera se vincula una ventaja o un interés” Kummerow, Gert. *Bienes y derechos reales. Derecho Civil II*. Cuarta edición. Editorial Mc Graw Hill, Serie Jurídica. Caracas, 1997. p. 25. Ver también, Aguilar Gorrondona, José Luis. *Cosas, bienes y derechos reales. Derecho Civil II*. Universidad Católica Andrés Bello. 5ª edición. Caracas, 1996. pp. 16 y ss.

²¹ “La separación –no lograda ni siquiera por vía legislativa en los Códigos de factura moderna– apenas tiene un valor técnico. Nada veda, por ello, la sustitución en el vocabulario científico, del término “cosa” por “bien”; así como (de otro lado) nada impide reservar, en el área de la doctrina, el vocablo “cosa” para una determinada categoría de bienes (las entidades *corporales*, por ejemplo), relegando el término “bien” a la designación de otras (las entidades *inmateriales*)” Kummerow, Gert, *idem*.

sobre derechos? La cuestión bien ameritaría un estudio detenido que se revela bastante interesante. A lo que nos limitaremos en este estudio es a rechazar la hipótesis prevista por dicho dispositivo, es decir, la pretendida hipoteca sobre el crédito hipotecario.

25.- Tal hipótesis atentaría contra el concepto de derecho real y al mismo tiempo vaciaría por completo el contenido del derecho de hipoteca. El rechazo del concepto de derecho real a la pretendida hipoteca sobre un crédito hipotecario, se hace inminente por el “objeto” sobre el cual recae el derecho, es decir, el objeto de derecho. Si bien hemos insistido en que el derecho real tiene como objeto una cosa (objeto corporal) admitir que una hipoteca pudiera constituirse sobre un crédito hipotecario, es decir, que un derecho real pudiera tener como objeto un derecho de crédito, destruiría la clasificación de los bienes que claramente se desprende a título de teoría general de nuestro Código Civil. Por otro lado, esa hipótesis dejaría sin contenido al derecho de hipoteca. ¿Pudiera concebirse un derecho de preferencia sobre un derecho de crédito o peor aún, un derecho de persecución? Sin dudas, algo difícil de imaginarse, ni siquiera en los tiempos remotos en que los derechos de crédito podían ejecutarse sobre la persona (físicamente hablando) del deudor. Siguiendo este orden de ideas, ¿qué interés presentaría una hipoteca, sin derecho de preferencia y sin derecho de persecución? O dicho en otros términos ¿qué quedaría de la hipoteca si la privamos de sus contenidos esenciales?, ¿el nombre? Ni siquiera, en este caso una recalificación de la operación se impone tomando en cuenta la intención del legislador al redactar la norma, por ahora ignorada por nosotros.

26.- Llegado pues a la conclusión de que el crédito hipotecario no es un derecho susceptible de hipoteca –por más que el artículo 1.882 así parezca autorizarlo– y tomando en consideración que la interpretación literal de este artículo llevaba a concluir junto con el artículo 1.920 ordinal 1º, que la operación de cesión de créditos hipotecarios era una operación sometida a la publicidad registral, por orden lógico, al constatarse la imposibilidad de hipotecar un crédito hipotecario, imperiosamente cae también la necesidad de registrar la operación.

2.- La cesión de un crédito hipotecario no es un acto que deba registrarse.

27.- La fórmula que empleó la Sala de Casación Civil para exigir el registro como condición de validez o como condición de oponibilidad (recordemos que no nos quedó claro lo que dijo o quiso decir la sentencia) era la siguiente

“... primero, porque la hipoteca es un bien inmueble (Artículo 530 del Código Civil); porque el crédito hipotecario puede ser traspasado o cedido (Artículo 1.882 del Código Civil), y, después, porque deben registrarse los actos traslativos de derechos susceptibles de hipoteca (Artículo 1.920, caso 1º, del Código Civil), todo lo cual evidencia que el documento contentivo de la cesión a que se ha hecho mención ha debido registrarse...”²²

28.- Ahora bien, el aludido artículo 1.920 ordinal 1º del Código Civil, ubicado en la sección relativa a los títulos que deben registrarse, dentro del capítulo de las reglas particulares, del título relativo al registro público, señala lo siguiente: “además de los actos que por disposiciones especiales están sometidos a la formalidad del registro, deben registrarse: 1º) Todo acto entre vivos, sea a título gratuito, sea a título oneroso, traslativo de propiedad de inmuebles o de otros bienes o derechos susceptibles de hipoteca...”. Varios comentarios pueden hacerse de esta norma.

29.- El enunciado “además de los actos que por disposiciones especiales están sometidos a la formalidad de registro”, nos hace pensar inmediatamente en nuestra materia hipotecaria a la exigencia de registro del artículo 1.879 del Código Civil para la constitución del gravamen. Luego sobre el ordinal primero, debemos destacar que se trata de los actos (entre vivos, claro está) “traslativos de propiedad de inmuebles o de otros bienes o derechos susceptibles de hipoteca”. Pero analicemos esto último por partes. En cuanto a los actos “traslativos de propiedad inmuebles” no tenemos ninguna duda, las palabras hablan por sí solas, se refiere a todos los contratos de venta, permuta, etcétera, que transmitan la propiedad de las cosas inmuebles. ¡Sencillo! Sin embargo, no podemos decir lo mismo de la segunda y la tercera hipótesis, es decir, acerca de los actos traslativos de propiedad “de otros bienes o derechos susceptibles de hipoteca”. En primer lugar ¿actos traslativos de propiedad “de otros bienes”? ¿a qué se refiere con esto nuestro legislador? Si partimos de la imprescriptible *summa divisio* de los bienes entre muebles e inmuebles, tenemos que concluir que si no se trata de bienes inmuebles se trata entonces de los bienes muebles. Pero, ¿los actos traslativos de propiedad de los bienes muebles sometidos a registro? Pareciera no tener mucho sentido y más aún contradictorio con las normas propias de los bienes muebles. Sigamos con la tercera hipótesis, los actos traslativos de propiedad de los “derechos susceptibles de hipoteca”. ¿Derechos susceptibles de hipoteca?, ¿qué derechos susceptibles de hipoteca?, ¿pero no habíamos dicho que

²² Sentencia de la Sala de Casación Civil de 1979, precitada.

no hay hipotecas sobre derechos? Dicho esto no nos queda sino concluir que el único supuesto “con sentido” previsto en dicho ordinal primero, son los actos traslativos de propiedad sobre cosas inmuebles. Una segunda conclusión, ya de carácter general, revelaría una seria inconsistencia entre nuestras normas relativas al registro público y el resto de las disposiciones del código relativa al derecho de los bienes y al derecho de las obligaciones, lo que hace prudente –si no necesario– un análisis riguroso de cada caso.

30.- La conclusión más importante que debemos sacar del hecho de que a la luz de las normas del Código Civil sobre el registro público, la cesión de créditos hipotecarios no es un acto que deba registrarse, es que la oponibilidad de la transmisión de la hipoteca (junto con la cesión del crédito) frente a terceros se rige por las reglas de la oponibilidad de la cesión de créditos previstas en el artículo 1.550 del Código Civil, es decir, mediante la notificación del deudor cedido o a través de su aceptación.

31.- Al comprobar por todas las formas que hemos expuesto, que las normas que rigen lo accesorio no se aplican a lo principal, podemos sentirnos seguros de la enunciación inicial del principio, esa primera formulación –que por razones de metodología invertimos su orden natural– mantiene toda su vigencia: es lo accesorio lo que sigue la suerte de lo principal. El carácter inmobiliario de la hipoteca, no afecta ni influye en la naturaleza jurídica del derecho de crédito que garantiza ni en su mecanismo de transmisión, por lo que la cesión de un crédito hipotecario se rige exclusivamente por las reglas previstas en los artículos 1.549 y siguientes del Código Civil.

Dediquémonos entonces a estudiar cómo opera esta transmisión del crédito y sus accesorios a través del mecanismo de la cesión de créditos previsto en nuestro Código Civil.

2. ...ES LO ACCESORIO LO QUE SIGUE LA SUERTE DE LO PRINCIPAL!

32.- Esta es la formula de principio. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal, no al revés. De este principio se deducen varias consecuencias de gran importancia y es que el régimen de la transmisión de los accesorios se rige por el régimen de la cesión del crédito (A) del mismo modo, la eficacia de la transmisión de los accesorios depende de la eficacia de la transmisión del crédito (B).

A. EL RÉGIMEN DE LA TRANSMISIÓN DE LOS ACCESORIOS SE RIGE POR EL RÉGIMEN DE LA CESIÓN DEL CRÉDITO

33.- Habíamos dicho que en virtud del carácter accesorio de la hipoteca, su existencia, su transmisión y su extinción dependían directamente de la existencia, la transmisión y la extinción del crédito que garantizaba. Las cuestiones de la existencia y la extinción, no presentan mayor interés, la solución es natural: si el crédito no existe y no existirá en el futuro, la hipoteca tampoco podrá existir, y si el crédito se extingue, se extinguirá también la hipoteca. Por ello, dedicaremos las siguientes reflexiones a la transmisión del crédito y de su hipoteca, por ser este el aspecto de la regla del accesorio objeto de nuestro estudio.

El estudio del régimen de la cesión de créditos obliga a dividir su análisis en dos aspectos bien distintos. Esto se debe a que si bien la cesión de créditos es uno de esos contratos traslativos de “otros derechos” –en los términos del artículo 1.162– en los cuales la transmisión se verifica por efecto del consentimiento legítimamente manifestado, su oponibilidad frente a terceros está sujeta al cumplimiento de ciertas formalidades. Siendo esto así, abordaremos lo relativo a las condiciones de validez de la cesión (1) para luego ocuparnos de sus condiciones de oponibilidad y sus efectos (2).

1.- En cuanto a sus condiciones de validez.

34.- La cesión de créditos es una operación jurídica entre dos personas, el cedente y el cesionario. El deudor cedido, es un tercero en esta relación,²³ su acreedor cambiará sin su consulta. Esta operación no transgrede el principio de la relatividad de los contratos, en el sentido de que los contratos “no dañan ni aprovechan a terceros”, por el hecho de que la deuda será la misma, sea quien sea el acreedor.

35.- La cesión de créditos se rige por las reglas y los principios del derecho común de los contratos, entre ellos, por el principio del consensualismo. Dos normas de nuestro Código Civil expresan este carácter consensual, los artículos 1.162 y 1.549, como regla general y especial respectivamente. Sin embargo, se hace imperioso recordar una crítica que formulamos en el pasado, sobre la inconveniente ubicación de la cesión de créditos como un capítulo dentro del título relativo al contrato de venta.²⁴ Este hecho ha generado

²³ De Jesús O. Alfredo. *Op. Cit.* p. 98.

²⁴ De Jesús O., Alfredo. *Op. Cit.* pp. 28 y ss.

varias distorsiones que no repetiremos en esta oportunidad. Tan sólo recordaremos que si bien la cesión de créditos, es en la gran mayoría de los casos un contrato oneroso (lo que hace que se suele entender como una especie de venta, especialmente cuando se verifica el pago de un “precio”) nada impide que se perfeccionen cesiones de crédito a título gratuito,²⁵ con el objeto de hacer una donación o, por qué no, de constituir una garantía fiduciaria. Tomando por ejemplo la donación, que nuestro código consagra en ciertos casos como un contrato solemne, la cesión de créditos que se haga a título de donación deberá seguir las normas relativas a la validez de las donaciones. En este caso, la cesión de créditos deberá hacerse en forma auténtica (y del mismo modo la aceptación de la misma) si el crédito excede los dos mil bolívares (Artículo 1.439).

En cuanto a la capacidad de las partes, la causa y el objeto de la cesión tampoco es mucho lo que puede agregarse que resulte interesante para nuestro análisis. El tema de la causa se agota al hacer referencia a la operación por medio de la cual se realiza la cesión (cesión a título de venta, de permuta, de donación, etc.) y la exigencia del objeto se resume en la existencia de un crédito que pueda ser cedido. Es en materia de capacidad donde encontramos algunas derogaciones al régimen común, lo que nos lleva a verificar la capacidad de las partes en dos niveles, en primer lugar, en lo relativo a su capacidad para concluir el negocio jurídico por medio del cual se realiza la cesión (venta, donación, etc.) y en segundo, la capacidad de las partes para ser cedente o cesionario.²⁶

36.- Cedido el crédito, cedidos también sus accesorios. Es así como lo dispone expresamente el artículo 1.552 del Código Civil: “la venta o cesión de un crédito comprende los accesorios de ese crédito, tales como las cauciones, privilegios o hipotecas. Si bien ya hemos visto que el término “accesorios” excede de las solas “cauciones, privilegios o hipotecas”. Es irrefutable que la hipoteca es uno de esos accesorios.

37.- Pero si en materia de condiciones de validez de la operación no encontramos mayores diferencias con el régimen común de las condiciones de validez de los actos jurídicos, no podemos decir lo mismo en cuanto a las condiciones de oponibilidad de la cesión de créditos. En este sentido, el código prevé un régimen especial para lograr este efecto frente a terceros.

²⁵ De Jesús O., Alfredo. *Op. Cit.* pp. 62 y ss.

²⁶ Regímenes especiales podrían crear limitaciones a la capacidad para ser cedente o cesionario. Esto lo vemos por ejemplo en la normas relativas a la tutela, que establecen que el tutor no puede ceder o traspasar créditos o documentos de créditos sin autorización judicial (Artículo 365) y que ni el tutor ni el protutor pueden hacerse cesionarios de créditos contra su pupilo (Artículo 370).

2.- En cuanto a sus condiciones de oponibilidad.

38.- La validez de la cesión de créditos se rige por el derecho común de los contratos, no así su oponibilidad. En este orden de ideas, la institución deroga el principio del consensualismo en cuanto a la oponibilidad de los actos jurídicos. Este es el sentido del artículo 1.550 del Código Civil, al establecer que “el cesionario no tiene derecho contra terceros sino después que la cesión se ha notificado al deudor, o que éste la ha aceptado”, es decir, la cesión es válida y oponible entre las partes (cedente y cesionario) pero su oponibilidad frente a terceros estará sujeta al cumplimiento de las citadas formalidades. La cesión será entonces oponible a terceros desde el momento en que sea “revelada oficialmente”,²⁷ y la forma prevista para oficializar esa revelación es la notificación del deudor cedido o la obtención de su aceptación; aceptación esta última, valga decirlo, no consentimiento. Esa aceptación no equivale sino a la declaratoria del deudor cedido expresando que está enterado del cambio de acreedor, su fundamento es evidente, la opinión del deudor, por no formar éste parte del acto de cesión, es sencillamente irrelevante.

39.- Pero la justificación de esta derogación del régimen común debe pasar necesariamente por un análisis de los intereses en juego. Así pues, la determinación de los terceros a la luz del artículo 1.550 parece fundamental. A este respecto podemos tomar como referencia una sentencia de la Corte de Casación francesa, que es perfectamente aplicable en nuestro derecho. Dicha sentencia de 1985, estableció que “resulta del artículo 1.690²⁸ que no son terceros, en el sentido de su texto, sino aquellos que, sin haber sido parte en el acto de cesión, tienen interés en que el cedente siga siendo acreedor”.²⁹ En estos términos, quedan incluidos dentro del concepto de terceros el deudor cedido y los acreedores del cedente, lo que se ha ampliado también a los cesionarios sucesivos de un mismo crédito.

40.- El deudor cedido –quien dicho sea de paso, se encuentra en una situación peculiar que hace que se le considere como un tercero distinto a los demás a nivel de ciertos efectos–, es el principal interesado en este régimen de publi-

²⁷ Starck, Boris; Roland, Henri et Boyer Laurent. *Droit civil. Les obligations. Régime général*. Tome 3. 6e édition. Litec. Paris, 1999. p. 11, N° 22.

²⁸ El artículo 1.690 del Código Civil francés es equivalente al artículo 1.550 de nuestro Código Civil. Article 1.690. *Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique.*

²⁹ Sentencia de la Primera Cámara Civil de la Corte de Casación del 4 de diciembre de 1985, publicada en el *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, I, p. 302, N° 336.

dad. Este sistema permite que el deudor cedido tenga la certeza de quien es su verdadero acreedor, cuestión de capital importancia –y en la cual se basa todo el sistema de publicidad de la cesión–, porque es sólo en manos de éste que su pago podrá liberarlo de la obligación. Digamos pues, que a los efectos del deudor cedido, las normas de publicidad cumplen la función de evitar que pague mal y se convierta en una víctima de la regla según la cual *el que paga mal paga dos veces* contenida en el artículo 1.286 de nuestro Código Civil. El conflicto entre cesionarios sucesivos se resolverá en función de la fecha en la que se haya verificado alguna de las formalidades del artículo 1.550, quien la haya realizado primero será preferido por el derecho.³⁰

41.- Nuestro legislador consideró que mediante la notificación de la cesión al deudor cedido (o su aceptación) era suficiente para proteger todos los intereses en conflicto. Por ello, el deudor cedido juega un papel importante en este sentido, lo que ha llevado a algunos autores³¹ a llamarlo el “cuasi conservador de las hipotecas”.³² Los eventuales interesados en conocer la identidad del titular del crédito no deberán sino informarse, inquirendo al deudor cedido. Este sistema ciertamente, no escapa a las críticas,³³ pero en la práctica pareciera funcionar sin mayores problemas. Desde un punto de vista teórico suele incomodar la aparente falta de consagración de un deber de información en cabeza del deudor cedido, lo que sin embargo, no lo exime de responsabilidad en caso de proporcionar una información falsa.

42.- En cuanto a la oponibilidad de la transmisión de los accesorios se aplica la misma regla que rige la oponibilidad de la cesión. “Es la aplicación pura y simple de la regla *accessorium sequitur principale*: la oponibilidad de lo accesorio (la transmisión de la garantía) debe obedecer las mismas reglas de oponibilidad de lo principal (la transmisión del crédito).³⁴

³⁰ “Por argumento del artículo 1.162 del Código Civil, cuando por diversos contratos el cedente haya cedido un crédito a diferentes personas (cesionarios), se preferirá al cesionario que primero haya notificado al cedido o haya obtenido de él la aceptación, aunque su título sea posterior en fecha. Entiéndase el paralelismo entre “tomar posesión efectiva” y “hacer pública la cesión”. Idéntica situación *mutatis mutandis* al del caso de la adquisición de un mismo inmueble por varias personas y en la que el derecho preferirá a quien lo haya registrado primero.

³¹ Malaurie, Philippe et Aynès, Laurent. *Droit civil. Les obligations*. Éditions Cujas. 10^e édition. Paris, 2000. p. 743, N° 1226. - Bénabent, Alain. *Droit Civil. Les obligations*. 7^e édition. Domat Droit Privé. Montchrestien. Paris, 1999. p. 455, N° 729.

³² En Francia, el “conservador de las hipotecas” es lo que para nosotros representa el registrador público.

³³ Mazeaud, Henri, Léon et Jean. *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*. Tome II / Premier Volume. Les 4^e et 5^e éditions ont été assurées par Michel de Juglart. 9^e édition par François Chabas. Montchrestien. Paris, 1998. p. 1.281, N° 1.267.

³⁴ Mestre, Jacques; Putman, Emmanuel et Billau, Marc. *Droit commun des sûretés réelles*. Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin. LGDJ Paris, 1996. p. 343, N° 380.

43.- Pero si bien hemos visto y comprobado que la regla de lo accesorio hace que lo principal absorba a este último, consideramos importante revisar, así sea brevemente algunas cuestiones relativas a la eficacia de la transmisión de la hipoteca por vía de accesorio, que también se han prestado a confusión.

B. LA EFICACIA DE LA TRANSMISIÓN DE LOS ACCESORIOS DEPENDE DE LA EFICACIA DE LA CESIÓN DEL CRÉDITO

44.- La regla del accesorio también se aplica en lo relativo a los efectos y eficacia de la cesión de créditos hipotecarios. Esta situación se aprecia especialmente en materia registral (1) y también, una vez llegado el momento de la ejecución de la hipoteca en caso de incumplimiento (2).

1.- En la inscripción registral de la cesión del crédito hipotecario.

45.- Si bien, hemos constatado que la cesión de un crédito hipotecario no es una operación que deba registrarse de conformidad con las normas del Código Civil, otras reglas relativas al registro público son la causa de nuevas inquietudes. En este sentido, es la nueva Ley de Registro Público y del Notariado la que presenta nuevas distorsiones en la materia.

46.- Decimos que esta ley presenta nuevas distorsiones porque enuncia en su artículo 43 una serie de actos que se registrarán. Nuevamente, el legislador nos ofrece una lista errante y redundante de los actos que “se inscribirán” en las oficinas de registro. Dentro de esta enumeración varias disposiciones se refieren al registro de los actos por medio de los cuales se transmitan las hipotecas. Al respecto nos debemos formular varias preguntas ¿Pretendió el legislador con esta extensa enumeración derogar el carácter accesorio de la hipoteca? ¿Esta exigencia del registro de los actos por medio de los cuales se transmite la hipoteca se refiere a las transferencias por vía principal o por vía de accesorio?, y por otro lado, ¿cuál sería la sanción por la no inscripción de la operación? Siguiendo un orden lógico del rol actual de la función registral³⁵ que es garantizar la seguridad jurídica en materia inmobiliaria, no podríamos de ninguna manera interpretar que estas normas generales hayan pretendido derogar el carácter accesorio del derecho real de hipoteca. En otras palabras, sería ilógico pensar que a través de esta normas el legislador haya pretendido acabar con la hipoteca al privarla de una de sus características esenciales.

³⁵ Al respecto remitimos al lector al interesante trabajo del profesor Urdaneta Fontiveros, Enrique. *Los principios inmobiliario-registrales en la nueva Ley de Registro Público y del Notariado*. En *Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*. Vol. II. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 5 Caracas, 2002. pp. 709-805.

47.- En vista de que la mencionada Ley del Registro Público y del Notariado señala que la transmisión de la hipoteca se registrará, debemos formularnos la siguiente pregunta: ¿Al no ser la transmisión de la hipoteca por vía de accesorio una operación que deba ser registrada según el Código Civil, cuál sería la sanción que en virtud de la Ley de Registro Público y del Notariado se debería aplicar a la falta de inscripción de la operación? Ante esa interrogante, debemos descartar como respuesta, la posibilidad de que esa inscripción tenga la finalidad de hacer oponible la transmisión de la hipoteca. Los fundamentos de la exclusión de estos efectos es que escapando la transmisión de la hipoteca a los supuestos previstos por el Código Civil como actos que deben registrarse (Artículo 1.920) escapa también a los efectos y la sanción prevista en el artículo 1.924 del Código Civil. Por ello, esta inscripción en los asientos registrales consagrada por la Ley de Registro Público y del Notariado no podría tener sino un valor estrictamente probatorio. En nada incumbiría en el ámbito de las condiciones de validez ni de oponibilidad de la transmisión de la hipoteca con la cesión de créditos.

48.- Siendo esto así, en virtud del valor estrictamente probatorio de la inscripción registral de la cesión del crédito hipotecario, nos surge una nueva interrogante: ¿La inscripción de la cesión del crédito hipotecario es obligatoria o facultativa? Para responder a esta inquietud debemos también responder a otra pregunta que complementa el análisis: ¿Podría probarse la transmisión de la hipoteca por un medio distinto a la inscripción registral? Al respecto tenemos que recordar que nuestro Código Civil se rige por un principio de libertad de pruebas, y que si bien del artículo 43 de la Ley de Registro Público y del Notariado, podría interpretarse la imposición de un principio de prueba por escrito para la prueba de la transmisión de la hipoteca, tal interpretación debe ser igualmente descartada por la regla del accesorio. La prueba de la transmisión del accesorio se regirá igualmente por las reglas de la prueba de lo principal. Dicho esto, no sería coherente sino admitir que el régimen de registro de la transmisión de la hipoteca es facultativo.

Esta inscripción facultativa debería complementarse con una nota marginal de las previstas por el artículo 1.926 del Código Civil, en el documento de constitución de la hipoteca.

49.- El registro de la cesión del crédito hipotecario se autoriza pues en interés del cesionario. Dicha inscripción no hace sino mejorar su situación impidiendo eventuales confusiones por actos del titular aparente por un lado, y por el otro, cumple un papel probatorio de una importancia práctica

considerable que se hace notar especialmente a la hora de solicitar la ejecución de la hipoteca.

2.- En la ejecución del crédito hipotecario.

50.- El proceso de ejecución de la hipoteca por su carácter “ejecutivo” comienza mediante la introducción de una solicitud y unos recaudos que deben ser cuidadosamente analizados por el juez antes de proceder al decreto de la prohibición de enajenar y gravar el inmueble hipotecado y la respectiva intimación dirigida al deudor y al tercero poseedor en caso de que exista. Este análisis de la solicitud de ejecución de hipoteca está regulado por el artículo 661 del Código de Procedimiento Civil venezolano. Dicho artículo señala que “llegado el caso de trabar ejecución sobre el inmueble hipotecado, por estar vencida la obligación garantizada con la hipoteca, el acreedor presentará al Tribunal competente el *documento registrado constitutivo* de la misma, e indicará el monto del crédito con los accesorios que estén garantizados por ella, y el tercero poseedor de la finca hipotecada, si tal fuere el caso. Asimismo presentará *copia certificada* expedida por el Registrador correspondiente *de los gravámenes y enajenaciones de que hubiere podido ser objeto la finca hipotecada con posterioridad al establecimiento de la hipoteca* cuya ejecución se solicita...” (cursivas nuestras).

51.- Lo que hemos destacado representa los documentos que deben presentarse junto con la solicitud de ejecución de la hipoteca: el documento registrado constitutivo de la misma y la certificación de gravámenes y enajenaciones de que hubiere podido ser objeto la finca hipotecada con posterioridad a la constitución de la hipoteca. Hacemos énfasis en estos documentos por una razón que pareciera evidente: el artículo 661 del Código de Procedimiento Civil no exige que la transmisión de la hipoteca conste de un documento registrado. La exigencia de estos documentos cumple otra finalidad, la del documento constitutivo de la hipoteca, para constatar la identidad de la cosa hipotecada, la extensión del gravamen y las obligaciones garantizadas y la certificación de gravámenes y enajenaciones para saber si sobre la cosa hipotecada se realizaron nuevas operaciones que hayan modificado la situación del inmueble y para conocer la existencia de un eventual tercero poseedor.³⁶

³⁶ Sobre los distintos casos de terceros poseedores remitimos al lector al completo trabajo del profesor Gorrín, Guillermo. *El tercero poseedor*. En *Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*. Vol. I. Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 5. Caracas, 2002. pp. 503-540.

52.- Sería deseable que en el documento constitutivo debidamente registrado que se acompañe a la solicitud de ejecución de la hipoteca constara la nota marginal a la que hacíamos mención anteriormente. Pero, esto no es una exigencia del artículo 661. En cuanto a la certificación de gravámenes y enajenaciones, la cuestión es parecida porque la finalidad de su exigencia no es la de conocer las transmisiones de la hipoteca a un tercero. Si leemos con detenimiento la parte del artículo que exige la presentación de esta certificación nos percatamos que el interés perseguido por el legislador al exigir este documento es el de saber si sobre la cosa hipotecada se constituyeron *nuevos* gravámenes o si fue objeto de alguna *enajenación* después de la constitución de la hipoteca cuya ejecución se solicita. Léase bien, “asimismo copia certificada expedida por el Registrador correspondiente de los *gravámenes y enajenaciones* de que hubiere *podido ser objeto* la finca hipotecada *con posterioridad* al establecimiento de la hipoteca cuya ejecución se solicita”. Las palabras claves de esta sección del artículo son sin dudas, gravámenes, enajenaciones y posterioridad. La transmisión de la hipoteca por vía de accesorio al no representar ni la constitución de un nuevo gravamen ni la enajenación de la cosa hipotecada, no es uno de elementos que debe contener la certificación de gravámenes y enajenaciones.

De lo anterior, podemos concluir que el artículo 661 del Código de Procedimiento Civil tampoco exige que la transmisión de la hipoteca esté registrada para proceder a su ejecución.

53.- Ahora bien, si ni del documento constitutivo de la hipoteca, ni de la certificación de gravámenes y enajenaciones se desprende que el acreedor hipotecario es el titular actual, éste deberá producir igualmente los medios de prueba idóneos para probar su condición de cesionario del crédito y de su respectiva hipoteca. Recordamos que el examen que hace el juez de los referidos documentos se limita a su apariencia,³⁷ así que nada podrá hacer si un cedente deshonesto, después de haber cedido su crédito hipotecario aprovecha que el cesionario no ha registrado la operación para solicitar la ejecu-

³⁷ Jurisprudencia constante de la Sala de Casación Civil. Ver a título de ejemplo, sentencia del 06 de julio de 2004 en el juicio de Promotora Colina de Oro, C.A. contra José Ambrosio Pérez Palacio e Inversiones Prevalores, C.A. Magistrado ponente: Carlos Oberto Vélez - Sentencia del 23 de marzo de 2004 en el juicio de Euclides Rafel Páez Graffe y Luigi Mutti Renuci contra Jaimary Bienes y Raíces, C.A. Magistrado ponente: Carlos Oberto Vélez. - Sentencia del 23 de julio de 2003 en el juicio de Inversiones Lelavic, C.A. contra Ipanema, C.A. Magistrado ponente: Antonio Ramírez Jiménez. - Sentencia de 06 de noviembre de 2002 en el juicio de Gilda Pizzoferrato Pérez contra Jesús Miguel Centeno Fajardo y Arelis Josefina Rodríguez.

ción de la hipoteca que no le corresponde. Ciertamente el deudor tendrá la oportunidad de defenderse de la ejecución de la hipoteca si el ejecutante había perdido la condición de acreedor hipotecario por haber cedido el crédito a un tercero o porque su condición de acreedor no le pueda ser oponible por cuanto un cesionario sucesivo le hizo oponible la cesión de créditos antes que él. Pareciera que esa defensa debiera verificarse mediante la apelación del auto de admisión de la ejecución de hipoteca.³⁸

CONCLUSIÓN

54.- A título de conclusión nos basta con citar al profesor Denis Tallon quien escribió en una oportunidad algo muy cierto –aunque no sin cierta ironía–, y es que “los aforismos son muy útiles: nos evitan el reflexionar. Qué más fácil, para justificar la solución deseada que fundamentarla en una bella fórmula –si es posible en latín– a la cual el tiempo ha revestido de un carácter irrefutable...”³⁹ Así pues, también en materia de cesión de créditos hipotecarios *accessorium sequitur principale...*

³⁸ *Idem.*

³⁹ Del Prefacio de la precitada tesis de Gilles Gobeaux.

El rol de la familia en la doctrina de la protección integral

Anabella DEL MORAL *

SUMARIO:

- 1. Familia y derechos humanos.**
- 2. La familia y los derechos del niño: Convención sobre los Derechos del Niño.**
- 3. El rol fundamental de las familias en Venezuela: Algunas consideraciones a la estructura familiar venezolana.**
- 4. El rol fundamental de la familia en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.**

A modo de conclusión

1. FAMILIA Y DERECHOS HUMANOS

La familia constituye la agrupación básica de la sociedad y de suma importancia para el pleno desarrollo de todo ser humano. Esta es la idea en torno a la cual giran las consideraciones que acerca de la familia se enuncian en los

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogada. Diplomada en Estudios Avanzados de Derecho de Familia y del Niño. **Universidad Rafael Urdaneta**, *Escuela de Derecho*, Directora, Profesora.

principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos independientemente de la orientación que se les otorgue. Por ello hablar del rol de la familia implica en una primera aproximación realizar una breve reseña de las disposiciones que en esta materia se contemplan.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se refiere a la familia en los siguientes términos: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*”. (Artículo 16.3)

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de fecha 16 de diciembre de 1966, acoge de igual forma a la familia: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado* (Artículo 23.1); pero el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, con un contenido más afín a su propósito, dispone en el artículo 10.1: “*Se debe conceder a la familia, que es el elemento fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo*”.

Asimismo se establece en la Convención Americana sobre Derechos del Hombre, mejor conocida como Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, lo siguiente: “*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado*”. (Artículo 17.1).

En todo caso, el reconocimiento de la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, recogido en los principales tratados y en un elevado número de instrumentos relativos al desarrollo social, es interpretado como principio general de los derechos humanos, del que se desprende el derecho a la protección por parte del Estado y la sociedad a los fines de apoyar el papel que aquélla desempeña en la protección, formación y desarrollo de los hijos.

2. LA FAMILIA Y LOS DERECHOS DEL NIÑO: CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El entorno familiar constituye uno de los aspectos a tomar en cuenta en la determinación del origen de la infancia como categoría distinta de los adultos, y para ello es indispensable remitirse al estudio, que basado en un análisis pictórico del retrato familiar, realizó Phillipe Aries en su obra: *El Niño y la Vida Familiar en el Antiguo Régimen*, de cuyo análisis se concluye que la familia conjuntamente con la escuela retiraron al niño de la sociedad de los adultos y aquélla asumió un nuevo rumbo, al no cumplir sólo una función de transmisión

de bienes y apellidos sino además una labor moral y afectiva. Función que se convirtió más tarde en controladora, represiva y autoritaria, pues si bien es cierto que la familia representa uno de los mecanismos informales de control social, junto a la escuela y a la religión, no deja de ser evidente (por lo menos en los actuales momentos), que la enseñanza a los hijos de las primeras reglas necesarias para convivir socialmente, debe estar inmersa en un ambiente afectivamente sano, y donde los padres ejerzan una autoridad equilibrada frente al hijo, y no más, bajo una relación de subordinación, tal y como era concebida bajo el superado paradigma de la protección objetual, que concebía a niños y adolescentes como incapaces absolutos.

Por ello, en este marco de ideas, los derechos del niño tienen ahora una referencia necesaria: la Convención sobre los Derechos del Niño; aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989; ampliamente conocida por todos aquellos que directa o indirectamente están vinculados con la protección de niños, niñas y adolescentes.

Y constituye una referencia obligatoria, pues a partir de la Convención se produce un cambio radical en la visión jurídico-social de la niñez; transitamos, en algunos casos abruptamente y en otros casos progresivamente, del Paradigma de la Situación Irregular al Paradigma de la Protección Integral; un nuevo modelo teórico en el cual convergen elementos de diferentes naturalezas (jurídico, social, cultural, político, psicológicos, entre otros), y que sobre la base de la confirmación del niño como sujeto de Derecho, ha impulsado la reorientación de la concepción sobre la familia, que se erigió y desarrolló sobre la doctrina de la situación irregular. Este cambio presupone la redefinición del rol protagónico de los padres en la formación de los futuros adultos. Incluso hay quienes han afirmado, como el Profesor Julián Guitrón Fuentevilla en el VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia (1994), que la “Convención es uno de los productos del movimiento mundial a favor de la familia”.¹

Pero, lo más importante quizás, es el carácter universal y progresista de la Convención, pues no sólo tiene el mismo significado para todos los pueblos del mundo, sino que además toma en consideración las diferencias que de diversas índoles existen entre los Estados. Así la definición de familia que

¹ Guitrón Fuentevilla, Julián. *Prospectivas del Derecho Familiar*. Coordinado y recopilado por Wills Rivera, Lourdes. Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia. Caracas, Venezuela. Tomo I. Publicidad Gráfica León, S.R.L. 1994. p. 40.

emerge del artículo 5 de la Convención es flexible, pues refleja la gran variedad de parentescos y pactos comunitarios en los que crecen los niños en todo el mundo, al expresar:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño...²

La Convención reconoce la función primordial de la familia y los padres en el cuidado y la protección del niño, y la obligación del Estado de ayudarlos a cumplir esos deberes.

Por ello en la trilogía Estado-Familia y Sociedad, la familia es el espacio natural para el desarrollo de las personas, especialmente para los niños y adolescentes; de aquí que se le asegure un rol preponderante en la protección integral. Desde esta óptica, este instrumento internacional establece que el Estado debe ante todo apoyar y fortalecer a la familia para que pueda asumir esta gran responsabilidad, y sólo cuando sea necesario, garantizar directamente los derechos y deberes de la infancia y la adolescencia.

Por ello, en este proceso evolutivo y de profundas transformaciones, fue indispensable reformular bajo ciertos parámetros claros y precisos el rol fundamental de la familia. De ahí que el quinto párrafo preambular de la mencionada Convención precise a la familia como “el elemento básico de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros y en particular de los niños”; y, en consecuencia, “debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidad dentro de la comunidad”, pues como ente de socialización primaria, proporciona al niño las orientaciones necesarias para que defina las pautas de comportamiento frente al medio que lo rodea; en consecuencia, debe educar al niño o adolescente sobre todo lo necesario para vivir en sociedad como ciudadanos activos y participativos.

De esta misma forma, el sexto (6º) párrafo del preámbulo expresa “que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”. Tal idea deviene del sexto principio de la Declaración de los Derechos del Niño

² Hodgkin, Rachel y Newell, Peter (Coord). *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. New York, EUA. Atar Roto Presse. 2001. p.

del 20 de noviembre de 1959 (treinta años antes de la Convención), que expresa: “El niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material...”. No en vano, la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional del 03 de diciembre de 1986, cuando se refiere al bienestar general de la familia y del niño establece que: “Todos los Estados deben dar alta prioridad al bienestar de la familia y del niño” (Artículo 1) y “el bienestar del niño depende del bienestar de la familia” (Artículo 2).

Sin embargo, es claro que el niño evoluciona adoptando más independencia, más autonomía en sus actuaciones y decisiones, y aquí la orientación y el rol de los padres debe ajustarse a estos cambios progresivos. Pero, existe un período en la vida de todo ser humano de total dependencia emocional y material,³ donde la responsabilidad de los padres por la supervivencia y el bienestar de los hijos es mucho mayor, además de constituir la etapa donde la satisfacción de las múltiples necesidades del niño crean un vínculo afectivo con los padres (aproximadamente hasta los 10 años de edad). “Tales interacciones en proceso constante entre los padres y los hijos se convierten para cada niño en el punto de partida inicial de desarrollo que conduce al funcionamiento del mundo de los adultos. La indefensión necesita de cuidado absoluto y el tiempo extra es transformado en necesidad o deseo por aprobación o amor”.⁴

Y continúa señalando Joseph Goldstein:

El amor hacia los padres los conduce a su identificación con ellos, sin la cual el control del impulso y la socialización resultarían deficientes. Finalmente, luego de años de infancia, llega la prolongada y en varios aspectos dolorosa lucha adolescente para obtener una identidad diferenciada, apoyada en la confianza en sí mismo física, emocional y moral.⁵

Es evidente que el rol de los padres en el desarrollo integral de los hijos es fundamental, y mientras más pequeños se encuentren, la dependencia y la necesidad por los padres es mucho mayor.

³ *Cfr. Ídem.*

⁴ *Ídem.*

⁵ *Ídem.*

Se pone de relieve en la Convención un íntimo y profundo vínculo entre los derechos de niños y adolescentes y la protección de la familia, que sobre la base de su derecho esencial a desarrollarse en un ambiente familiar sano y armónico y la nueva autonomía que cobran como sujetos de derechos, transforma el vínculo jurídico de dependencia en un vínculo de paridad jurídica, siempre en atención a las diversas etapas de desarrollo y a las facultades legales de padres o tutores.

Sobre estas apreciaciones, suficientemente comprobadas a través de los años por muchos estudiosos de la materia, se construyeron las bases del rol fundamental de la familia en la Convención sobre los Derechos del Niño.

De las disposiciones preambulares y del análisis que Daniel O'Donnell realiza sobre la relación Niño - Familia - Estado, con base en el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño, es posible extraer algunas implicaciones de la corresponsabilidad del Estado y la familia en el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes, que supone derechos correlativos de deberes para los entes que conforman dicha trilogía.

– **Para el Niño:**

- Todo niño tiene derecho a conocer y a ser cuidado por sus padres en la medida de lo posible (Artículo 7).
- Todo niño tiene el derecho a no ser separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, salvo que esté en juego el interés superior del niño (Artículo 9).
- De lo anterior se deriva el derecho que tiene todo niño de no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación (Artículo 16).
- El derecho del niño a preservar sus relaciones familiares, como parte de su identidad (Artículo 8), constituye un aspecto novedoso dentro de la Convención.
- Todo niño tiene derecho a vivir en familia conforme a su religión o cultura (Artículo 30).

– **Para los Padres:**

– Las reglas bases que deben guiar la labor de los padres son las siguientes:

1.- Impartir orientación y dirección en consonancia con la evolución de las facultades del niño (Función Orientadora).

2.- Permitirle a los hijos que ejerzan los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño (Función Permisiva).

– Padre y madre tienen la responsabilidad compartida y conjunta de criar y cuidar de los hijos (Artículo 18).

– Los padres deben proporcionar a sus hijos, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones para un nivel de vida adecuada para su desarrollo (Artículo 27).

– **Para el Estado:**

– Debe respetar la dinámica entre los padres e hijos (responsabilidades, derechos y deberes de los padres. Artículo 5).

– Asegurar el contacto de los hijos con sus padres, cuando se encuentren separados, salvo que se encuentre en juego el interés superior del niño (Reunificación familiar. Artículos 9.3, 9.4, 10, 22).

– Apoyar (no sustituir) a la familia en caso de que ésta no disponga de los recursos suficientes para ofrecer un nivel de vida adecuado a los hijos (Artículo 27.3).

– El Estado tiene el deber de proteger al niño contra toda forma de abuso, descuido, malos tratos o explotación, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo (Artículo 19). En el entendido de que nunca la autoridad parental puede significar malos tratos.

– Garantizar una educación que inculque el respeto por los padres (Artículo 29.1).

Se ha considerado imprescindible realizar este breve análisis de los artículos referentes a la familia consagrados en la Convención, por cuanto comprenden el substrato de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del

Adolescente en dicha área. Tal instrumento internacional no define a la familia en forma, pues su preocupación no es la integración de la familia sino garantizarle al niño sus derechos.

3. EL ROL FUNDAMENTAL DE LAS FAMILIAS EN VENEZUELA: ALGUNAS CONSIDERACIONES A LA ESTRUCTURA FAMILIAR VENEZOLANA

Es menester hacer una breve referencia a la Constitución venezolana de 1961, la cual estipulaba en su artículo 73 lo siguiente: “El Estado protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad...” y regulaba inmediatamente la institución del matrimonio, lo cual no constituye mera casualidad, pues si se analiza tal disposición en su totalidad se concluye irremediablemente que la familia concebida constitucionalmente deriva necesariamente del vínculo matrimonial, y aun cuando expresamente no lo señale, conformada por el marido, la mujer y los hijos sometidos a su autoridad. Y esto no es más que la familia nuclear.

Es claro que para nuestro legislador del 61 proteger a la familia era proteger el matrimonio, lo cual no contradice lo dispuesto por el artículo 75 de la misma Constitución, en virtud del cual, todo niño tiene derecho a conocer a sus padres, sea cual fuere su filiación.⁶

Siendo así resulta claro el porqué el Código Civil de 1942, reformado parcialmente en 1982, no define expresamente a la familia, pero del contenido de sus disposiciones se desprende una clara tendencia a considerar la “...familia nuclear, básicamente la fundada sobre el matrimonio”.⁷ Y al examinar las facultades y deberes establecidos en los artículos referidos al ejercicio de la patria potestad (Artículo 261 y siguientes) y básicamente los concernientes a la guarda (Artículo 265), se observa la concepción tan restringida que se tenía acerca de la función tan importante que debe desempeñar la familia; permitiéndose incluso la intervención del Estado, a través de la figura del Juez para tomar las medidas que estimará pertinentes cuando “el menor” observara “conducta irregular”, y quien ejerciera la guarda no pudiera “controlarlo” (Artículo 266). Sin dejar de mencionar que antes de la reforma parcial del 82 se contemplaba la posibilidad para el padre o la madre de “castigar

⁶ Reyna de Roche, Carmen Luisa. *Patria Potestad y Matricentrismo en Venezuela. Estudio de una Disfuncionalidad*. Caracas. Universidad Central de Venezuela. p. 34.

⁷ *Ibidem*. p. 36.

moderadamente” a los hijos sometidos a su potestad, habida cuenta que si aún no era suficiente podía imponérsele una corrección mayor, con intervención del Juez de Municipio o de la Parroquia, quien la moderaría si la consideraba excesiva (Artículo 265).

Se confían a la familia nuclear todas las acciones necesarias para el desarrollo de los hijos, por cuanto las obligaciones y derechos que corresponden a los padres, les son atribuidas por el solo hecho de serlo y al conferirles además obligaciones y facultades que derivan necesariamente de la patria potestad.⁸

Cabe aclarar que lo anteriormente señalado estaba inmerso en una idea minorista de familia, que se correspondía con una cultura jurídica y cuyo poder discrecional y abusivo se encontraba plenamente justificado no sólo por la ley, sino también socialmente. Esto último resulta más evidente cuando se analizan los artículos 84 y 85 de la derogada Ley Tutelar de Menores, al estipular que un “menor” podía encontrarse en “situación irregular” por una razón ajena a su voluntad y atribuible a la falta de orientación, amor y respeto por parte de sus padres y ser él sin embargo quien fuera llevado ante el juez por las propias fallas de sus progenitores en el desempeño de su labor como padres.

La familia, aun cuando, célula fundamental de la sociedad, venía desempeñando su cometido acorde con los parámetros sociales y jurídicos imperantes, esbozados no en el beneficio de los hijos, sino en resguardo de la autoridad de los padres. Cabe recordar que para este momento nos encontrábamos aun bajo la influencia hipnótica del paradigma de la situación irregular.

Era indispensable, entonces, que con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte de Venezuela, se planteará el estudio profundo de la función que tienen los padres en el desarrollo pleno de la niños, niñas y adolescentes (que no era más que un redescubrir lo obvio) y realizar cambios estructurales en todos los ámbitos donde estos últimos se desenvuelven y en los cuales sus derechos eran vulnerados y menoscabados constantemente. El más importante: La familia.

Aun cuando cronológicamente, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente fue redactada con anterioridad a la Constitución de 1999, en razón de la innegable jerarquía, se hace mención en primer lugar al texto constitucional, y en especial al artículo 75, que señala:

⁸ Cf: *Ibidem*. p. 37.

El Estado protegerá a las familias como asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas. Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes, la solidaridad, el esfuerzo común, la comprensión mutua y el respeto recíproco entre sus integrantes. El Estado garantizará protección a la madre, al padre o a quienes ejerzan la jefatura de la familia.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a vivir, ser criados o criadas y a desarrollarse en el seno de su familia de origen...

Y el primer aparte del artículo 76 dispone: “El padre y la madre tienen el deber compartido e irrenunciable de criar, formar, educar, mantener y asistir a sus hijos o hijas, y éstos tienen el deber de asistirlos a asistirlos cuando aquél o aquélla no puedan hacerlo por sí mismo o por sí mismas...”, regulándose así los deberes entre padres e hijos.

Es manifiesto el avance que tal redacción representa, ya que conjuntamente con el resto de las estipulaciones contempladas en el Capítulo V, relativo a los Derechos Sociales y de las Familias, se configura un Derecho Constitucional Familiar más amplio, y en el que se recogen reglas de tratados internacionales, como es el caso específico de la Convención sobre los Derechos del Niño, a la cual se remite expresamente en el artículo 78. De manera que, hasta hace muy poco se partía de una definición de familia nuclear (padre, madre e hijos) “...basada en el matrimonio monogámico y en cuyo seno, hasta muy recientemente, se establecía una clara diferenciación de roles entre el marido-padre y la esposa-madre...”.⁹ No obstante, de acuerdo con los tipos de familia que propone Luis Gerardo Gabaldón, puede concluirse que nuestra estructura familiar jurídicamente regulada, es la nuclear patrilineal, pero donde la gravitación material y afectiva gira en torno a la madre (Matricentrismo).¹⁰ Esta última afirmación es una realidad que ha sido obviada conjuntamente con otras formas de estructura familiar que coexisten en nuestro país.

Ahora bien, debido a los cambios sociales, culturales, entre otros no menos importante y a la necesidad de regular jurídicamente las diferentes relaciones que entabla el ser humano, incluyendo las de su entorno familiar, el concepto de familia se ha abierto a otras posibilidades sobre la base de organizaciones familiares diversas, en vista de que constituye en el plano de

⁹ *Ibidem*. p. 33.

¹⁰ Gabaldón, Luis Gerardo. *Op. Cit.* p. 43.

lo fáctico una situación a la cual no es posible dar la espalda, y más aún, cuando ha surgido constitucionalmente la idea del pluralismo familiar.

La familia venezolana es ciertamente muy variable, por ello nuestra constitución habla de familias y no de familia, aunque inexplicablemente el texto del artículo 75 aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente no habla de familias sino de familia (afirmación ésta que se evidencia del Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente correspondientes al día 26 de octubre de 1999).

Pero independientemente de cómo y por quiénes esté constituida la familia, todos sus miembros deben coadyuvar primordialmente y dentro del ámbito de su competencia a la formación y desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes que de ella formen parte.

Cabe traer a colación el artículo 4 de la Ley sobre Violencia contra la Mujer y la Familia (1998), que pareciera acoger la situación planteada, pues conceptualiza la violencia contra la mujer y la familia como “la agresión... por los cónyuges, concubinos, ex cónyuges, ex concubinos o personas que hayan cohabitado, ascendientes, descendientes y parientes colaterales, consanguíneos y afines...” (Entendiendo que la violencia intrafamiliar es la que ejerce un miembro de la familia sobre otro miembro). Se asume, por tanto, que la familia no sólo está integrada por padre, madre e hijos, sino también por otras personas que cohabitan o no, además de referirse a familias matrimoniales y no matrimoniales.*

Definitivamente se advierte que en nuestro país coexisten diferentes tipos de familias: monoparentales o unipaternales, constituida por un hombre o una mujer (viudos, divorciados, solteros con hijos); paternales o biparentales, que pueden ser matrimoniales o no, nucleares o ampliada, tomando en cuenta el número de miembros y el parentesco (consanguíneo o afín) próximo o lejano; multifiliales, recompuestas o ensambladas, matrimoniales o no, en la cual el hombre y/o la mujer, tienen hijos provenientes de relaciones anteriores¹¹ (también conocida como “los tuyos, los míos y los nuestros”).

En virtud de lo antes expuesto y retomando nuevamente el artículo 75 de la constitución vigente, que la familia constituya el espacio primario funda-

* Tal afirmación amerita un estudio más profundo.

¹¹ Cfr. Tudares, Trina. *Familia y Crisis*. Ponencia presentada en las Primeras Jornadas de Pediatría Social, Maracaibo. La Universidad del Zulia, Facultad de Medicina. Noviembre de 1992.

mental para el desarrollo integral de estos pequeños y no tan pequeños ciudadanos, encuentra su fundamento en que la misma siempre ha tenido, tiene y tendrá un rol esencial que cumplir, pues es allí donde obtienen o por lo menos deben obtener las mayores garantías por contar, como reiteradamente lo ha señalado la doctrina, con sus protectores naturales (si fuese el caso), quienes son los responsables de criarlos, formarlos, educarlos, mantenerlos y asistirlos, en un ambiente de amor, afecto y respeto.

Cabe señalar, igualmente, el hecho de establecerse en la Carta Magna los pilares fundamentales sobre los cuales deben sustentarse las relaciones familiares, cuya inclusión no sólo es novedosa en dicho instrumento, sino que las mismas se redimensionan sobre la base de la equidad de deberes y derechos, solidaridad, esfuerzo común, comprensión mutua y respeto recíproco; sin privilegiarse la conformación familiar. No importa cómo esté integrada, lo imprescindible es que las relaciones que en ella se generen graviten en estos valores propios del ser humano en su relación con otros, y que la sociedad debe fomentar y fortalecer.

Hablar de igualdad de derechos y deberes es la vía directa hacia la no discriminación en el hogar, en razón principalmente del género o la edad, tan común en la familia venezolana y propio de una sociedad patriarcal y machista como la nuestra. Esto supone, que los padres deben considerar a sus hijos como sujetos con derechos; en consecuencia, capaces de ejercerlos con la orientación debida, de conformidad con su desarrollo evolutivo físico y mental; pero capaces también de asumir responsabilidades en su grupo familiar, ya que también tienen deberes para con sus padres y hermanos (si fuere el caso).

Al referirse a la solidaridad y esfuerzo común, significa encauzar a los niños, niñas y adolescentes hacia la vida en comunidad, pues no sólo son parte de una familia, sino también de una comunidad y de una sociedad con la cual interactúan permanentemente, y a la cual deben estar integrados.

Por último, no puede dejar de aludirse al respeto y comprensión mutua que debe existir entre sus integrantes, lo cual conlleva a tomar en consideración las opiniones, pensamientos, creencias religiosas de los niños, niñas y adolescentes, por sólo nombrar algunos de los derechos. Ser respetados como individuos en desarrollo, con características muy particulares en cada etapa, implica además, que la autoridad paternal, no puede sustentarse en una relación de subordinación en perspectiva descendente hacia los hijos, sino que por el contrario, el ejercicio de la patria potestad o guarda, según sea la circunstancia, tiene un límite, que no es otro que respetar y garantizar los derechos de los hijos.

4. EL ROL FUNDAMENTAL DE LA FAMILIA EN LA LEY ORGÁNICA PARA LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

Finalmente, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, concebida bajo la nueva doctrina de la Protección Integral y con el fin de lograr una adecuación a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, hace a la familia corresponsable pero con un rol fundamental, tal y como lo establece la Exposición de Motivos de dicho cuerpo legal. Estableciendo desde su primer artículo, que la familia junto al Estado y la sociedad debe brindar una protección integral a todos los niños, niñas y adolescentes desde el momento de la concepción.

El artículo 3, referido a la no discriminación, consagra como criterio novedoso de no discriminación, la condición "...de sus padres, representantes o responsables, o de sus familiares". Parece interesante relacionar este artículo con lo comentado hasta aquí acerca de las diversas formas de organización familiar que existen en Venezuela (y no precisamente la nuclear matrimonial), y de las cuales se encuentran formando parte muchos de nuestros niños y adolescentes, que a menudo resultan discriminados por pertenecer por ejemplo, a una familia uniparental, cuya madre es divorciada, o biparental donde los padres se encuentran unidos por una relación concubinaria o estable de hecho (para ser cónsonos con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y no por un vínculo matrimonial.

Pero fundamentales son los artículos 5 y 13, por constituir las normas rectoras del rol fundamental de la familia al estatuir: "La familia es responsable de forma prioritaria, inmediata e indeclinable, **de asegurar a los niños y adolescentes el ejercicio y disfrute pleno y efectivo de su derechos...**" (Destacado nuestro). Lo que aquí se destaca no es más que la función permisiva que señala Daniel O'Donnell al analizar las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño relativas a la familia, específicamente en su artículo 5. Y su labor es prioritaria "...porque la familia se considera la primera responsable, el actor fundamental, irremplazable e insustituible en la protección integral. Inmediata, porque es la que está directamente relacionada con el niño o adolescente, es el espacio donde el niño vive, se desenvuelve y desarrolla. Indeclinable, por que se trata de una responsabilidad de carácter irrenunciable, intransferible e indelegable".¹²

¹² Cornieles Pret Gentil, Cristóbal. *Los Principios de la Doctrina de la Protección Integral...* Coordinado por Morais de Guerrero, María Gracia. Introducción a la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. Caracas, Venezuela. Publicaciones UCAB. 2000. p. 53.

Y continúa el artículo 5 “...El padre y la madre tiene responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respeta al **cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos**”. (Destacado nuestro - Artículo 18.1 Convención sobre los Derechos del Niño). No hace más que reforzar el ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos padres, y así lo repite la ley en su artículo 347 al pautar que la patria potestad será entendida como “...el conjunto de deberes y derechos de los padres en relación con los hijos que no hayan alcanzado la mayoría de edad, que tiene por objeto **el cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos**”. (Destacado nuestro).

Para finalizar el artículo 5 preceptúa: “El Estado debe asegurar políticas, programas y asistencia apropiada para que la familia queda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres y las madres asuman en igualdad de condiciones sus responsabilidades y obligaciones”. (Artículos 18.2, 18.3, 27.2 Convención sobre los Derechos del Niño).

Se considera al Estado como pilar de apoyo a las familias, no para sustituirlas en su función, sino para fortalecerlas. En el mismo orden de ideas la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente señala: “...Los padres son los principales responsables de cuidarlos y educarlos. A tal efecto, el Estado debe brindar a la familia la ayuda necesaria para poder asumir plenamente su responsabilidad. Apoyando a la familia se estará apoyando al niño”. Recordemos aquí, nuevamente que “el bienestar del niño depende del bienestar de la familia”.

En concordancia, el artículo 13 señala: “**Parágrafo primero:** Los padres, representantes o responsables tienen el deber y el derecho de orientar a los niños y adolescentes en el ejercicio progresivo de sus derechos y garantías, así como el cumplimiento de sus deberes, de forma que contribuya a su desarrollo integral y a su incorporación a la ciudadanía activa”. Se refleja aquí la función orientadora de la familia. (Artículo 5 Convención sobre los Derechos del Niño). Se plantea bajo una nueva visión, una relación bidireccional entre padres e hijos y no unilateral como anteriormente sucedía, y como actualmente aún ocurre, pues los padres, cuando no pueden, no quieren o no saben buscar otras formas para fundamentar su autoridad, se imponen en vez de orientar y escuchar a sus hijos. Algo que amerita dejar claramente establecido, es que no se ha limitado ni restringido la autoridad de los padres sobre los hijos, sólo se ha reajustado sobre la consideración del principio del niño como sujeto de derecho, que puede ejercer progresivamente sus derechos, pero siempre con la debida orientación.

Es menester apuntar también algunas consideraciones sobre los artículos 25, 26 y 27 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, que al efecto estipulan:

Artículo 25.- Derecho a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos.

Todos los niños y adolescentes, independientemente de cual fuere su filiación, **tienen derecho a conocer a sus padres y a ser cuidados por ellos**, salvo cuando sea contrario a su interés superior” (Subrayado nuestro - Artículo 7.1 Convención sobre los Derechos del Niño).

Artículo 26.- Derecho a ser criado en una familia.

Todos los niños y adolescentes tienen derechos a vivir, ser criados y desarrollarse en el seno de una familia de origen. Excepcionalmente, en los casos en que ello sea imposible o contrario a su interés superior, tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en una familia sustituta, de conformidad con la ley (Artículos 20 y 21 Convención sobre los Derechos del Niño).

Parágrafo Primero: Los niños y adolescentes sólo podrán ser separados de la familia en los casos en que sea estrictamente necesario para preservar su interés superior, de conformidad con los requisitos y procedimientos previstos en la Ley (Artículo 9 Convención sobre los Derechos del Niño).

Parágrafo Segundo: En cualquier caso la familia debe ofrecer un ambiente de afecto y seguridad, que permita el desarrollo integral de niños y adolescentes (Sexto párrafo preambular de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Parágrafo Tercero: El Estado, con la activa participación de la sociedad, debe garantizar programas y medidas de protección especiales para los niños y adolescentes privados temporal o permanentemente de la familia (Artículos 9.4, 10, 11, 19, 20, 21 y 22 Convención sobre los Derechos del Niño).

Artículo 27: Derecho a mantener relaciones personales y contacto directo con los poderes.

Todos los niños y adolescentes tienen derecho a mantener, de forma regular y permanente, relaciones personales y contacto directo con ambos padres, aun cuando exista separación entre éstos, salvo que ello sea contrario a su interés superior (Artículos 9.3, 9.4, 10.2 Convención sobre los Derechos del Niño).

Del análisis de los artículos antes transcritos se pueden extraer las siguientes consideraciones:

Constituye un aspecto primordial para el desarrollo, más emocional que físico, la necesidad que tiene todo niño de sentirse identificado, vinculado con sus padres.

Se hace mención por primera vez en el artículo 26 a la familia de origen, que la propia ley define en el artículo 345, como aquella "...integrada por el padre y la madre o por uno de ellos y sus descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad". Al respecto Georgina Morales señala que "Esta definición acoge una noción de familia extendida que no se corresponde con la tradición legislativa en Venezuela",¹³ pues como se ha podido someramente analizar la misma responde a una idea de familia nuclear matrimonial.

No obstante, acoge no sólo la familia ampliada, propia de las familias biparentales o paternales, sino que se deja abierta la posibilidad a las familias monoparentales, pues la disposición señala "...por el padre y la madre, **o por uno de ellos...**"; a las familias ensambladas o recompuestas, al indicar: "...por el padre y la madre, o por uno de ellos **y sus descendientes...**"; sin distinguir que puedan ser de uno u otro progenitor o de ambos. No señala tampoco que dicha familia deba derivar de un vínculo matrimonial, puede provenir de un concubinato o simplemente de una relación estable de hecho. La importancia radica, que una u otra forma de estructura familiar no debe implicar el menoscabo de los derechos que le asisten a la familia y por ende a niños y adolescentes.

Pareciera quedar superada, la concepción de la familia nuclear, aun cuando contrariamente la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente expone: "En efecto, se consideró importante establecer el concepto de familia de origen, concebida como familia nuclear, pues la misma es el centro de gravedad de una serie de disposiciones de la mayor importancia, las cuales van desde el derecho reconocido al niño y al adolescente de ser criado y educado dentro de tal familia, hasta el hecho de considerar excepcional la separación del seno familiar". Al respecto Georgina Morales señala:

Creemos que a pesar de una aparente disconformidad entre los dos textos, pareciera que la intención del legislador ha sido la de considerar que el derecho del niño a permanecer y ser criado en su familia de origen, no se agota hasta que no se examine la idoneidad

¹³ Morales, Georgina. *Instituciones Familiares. La Familia de Origen en la LOPNA*. Coordinado por Morais de Guerrero, María Gracia. *Op. Cit.*, p. 258.

de parientes extendidos, y solamente después de descartados estos, es cuando se ubicaría al niño en una familia sustituta.¹⁴

No obstante, sin apartarnos por lo aquí expuesto, lo señalado en la Exposición de Motivos podría oponerse, como en efecto sucede, a lo esbozado en el artículo 345; sin embargo, no deja de ser cierto que la familia nuclear dentro de la Ley constituye el eje principal de muchas disposiciones, y sobre todo del rol fundamental que debe ejercer la familia, el cual recae principalmente sobre los hombros de padre y madre y subsidiariamente sobre otros miembros de la familia. Incluso, en las disposiciones referentes a patria potestad, autorizaciones para viajar al exterior, obligación alimentaria, la responsabilidad sólo está en manos del padre y la madre conjuntamente, y esto no es más que familia nuclear.

Retomando el artículo 26, los niños y adolescentes no podrán ser separados de la familia, lo cual supone que la intervención del Estado sólo estará justificada cuando pueda ser vulnerado el interés superior del niño, lo cual puede ocurrir, "...en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres, o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño", (Artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño). En tal sentido el artículo 65 señala que "Todos los niños y adolescentes tienen derecho al honor, reputación y propia imagen. Así mismo, tienen derecho a la vida privada e intimidad de la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales".

En todo caso el contacto, la vinculación del niño o adolescentes con sus padres, es fundamental a los fines de mitigar los inconvenientes emocionales que pueden traer para ellos la falta de convivencia con uno o ambos progenitores.

Son múltiples las estipulaciones en la ley que remiten a la familia, pero todas convergen en el respeto por la labor orientadora que deben desempeñar los padres en pro del desarrollo integral de niños y adolescentes, garantizando el ejercicio de sus derechos.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Como quiera que sea, el tema del rol fundamental de la familia bajo la Doctrina de la Protección Integral requiere de un estudio más profundo, pues constitucionalmente se ha dejado abierta la puerta a la protección jurídica

¹⁴ *Idem.*

para los diferentes tipos de familia, regulación que resulta en estos momentos de imperiosa necesidad e imperativo cumplimiento. Esta nueva visión de la familia amerita reformas sustanciales de los principales cuerpos legales que regulan esta materia en nuestro país y que aún no se han adaptado en la nueva doctrina, como es el caso del Código Civil Venezolano. De llevarse a cabo un serio pero pronto proceso de reformas legales, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente resultaría fortalecida y sus debilidades superadas.

La delación en los regímenes de incapaces

María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN*

*¿Quién mejor proveerá a su futuro, que el propio incapaz,
cuando todavía es capaz?*

Joaquín de la Cuesta y Aguilar

SUMARIO:

Introducción

1. La delación: 1.1 Noción. 1.2 Fundamento. 1.3 Especies.
2. La delación en los regímenes de incapaces: 2.1 Tutela de menores. 2.2 Tutela de mayores. 2.3 Curatela. 2.4 Emancipación.
3. Posibilidad de la propia persona de designar tutor

Conclusiones

* **Universidad Central de Venezuela:** Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Investigadora-Docente. Instituto de Derecho Privado. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Profesora *Agregado*. Jefe de la Cátedra de *Derecho Civil I Personas*. Autora entre otras publicaciones de la obra “*Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*” (TSJ, 2001).

INTRODUCCIÓN

Las siguientes líneas constituyen una breve reflexión sobre la delación en los diversos regímenes de incapaces. En efecto, trataremos de acercarnos a dicha institución con especial referencia a la tutela y la curatela.

Para ello, nos referiremos en un primer capítulo a la delación, a los fines de precisar su noción, fundamento y especies, para luego en un segundo ítem tocar propiamente la forma de delación en los distintos regímenes de incapaces, a saber, tutela de menores, tutela de mayores, curatela y emancipación. Finalmente nos preguntamos si la propia persona puede designar tutor para el caso de futura incapacidad.

No constituye el presente ensayo en modo alguno un estudio sobre los diversos regímenes de incapaces, sino una breve referencia a la institución particular de la delación en los mismos.

1. LA DELACIÓN

1.1 NOCIÓN

La delación se presenta como la forma de determinar los titulares de los cargos en los diversos regímenes de incapaces. Así por ejemplo, se indica respecto de la tutela que la misma consiste en la manera de precisar o determinar las personas que han de detentar los distintos cargos tutelares. En la institución de la curatela podríamos decir, que alude igualmente a la determinación del cargo de curador.

Se trata en esencia de precisar el sujeto o los sujetos que han de conducir y desempeñar las funciones inherentes a la institución de incapacidad correspondiente.

Así por ejemplo, si nos preguntamos cómo se seleccionará o quién desempeñará el cargo de tutor o de protutor, así como quiénes integrarán el Consejo de Tutela, la respuesta viene dada por la institución en estudio, a saber, a través de la figura de la delación. En efecto, determinar quién será el tutor u órgano protagonista de la gestión tutelar no depende de la decisión arbitraria o azarosa de alguien; contrariamente, el ordenamiento jurídico, inspirado en la lógica y en la secuencia normal de las relaciones designa un orden que se debe seguir a los fines de tal selección.

La delación se traduce entonces en un mecanismo que prevé el orden jurídico de selección de los cargos que integran la tutela o la curatela, a fin de no dejar a un criterio subjetivo la determinación de tan importante actividad.

La doctrina ha precisado diversos conceptos de delación.¹ Ha sido entendida como la forma de determinar los titulares de los cargos² o los modos de deferirse la tutela.³ Así, algunas legislaciones prevén para referirse a la delación que la tutela se da, por la ley, por los padres o por el juez.⁴ Ello no es otra cosa que los títulos a través de los cuales tiene lugar la misma y que da lugar a las distintas especies de delación, según veremos *infra* N° 1.3.

1.2 FUNDAMENTO

El fundamento o razón de ser de la delación se relaciona con la propia esencia de los regímenes de incapaces. La capacidad de obrar se presenta como la posibilidad de realizar actos jurídicos por voluntad propia; la incapacidad de obrar es entonces la privación o limitación de dicha capacidad por alguna causa legal, a saber: la edad, la salud mental o la prodigalidad entre otras. Cuando una persona entra en un régimen de incapacidad, bien sea absoluto⁵ o relativo,⁶ debe un tercero entrar a subsanar dicha incapacidad bien sea a través del ejercicio de la tutela o de la curatela. En tales casos, las figuras de la representación y la asistencia entran en juego a los fines de subsanar la incapacidad absoluta o la incapacidad relativa, respectivamente.⁷

En el caso de los adultos, por ejemplo, la incapacidad absoluta o interdicción da lugar a la apertura de la tutela, y el entredicho judicial pierde el libre gobier-

¹ Véase con relación a la doctrina nacional: Aguilar Gorronzona, José Luis: *Derecho Civil Personas*. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 14ª edic., 2000, p. 324; Hung Vaillant, Francisco: *Derecho Civil I*. Caracas-Venezuela-Valencia, Vadell Hermanos Editores, 2ª edic., 2001, pp. 359 y 360; La Roche, Alberto José: *Derecho Civil I*. Maracaibo, edit. Metas C.A., 2ª edic., 1984, Vol. II, pp. 149-153; Graterón Garrido, Mary Sol: *Derecho Civil I Personas*. Caracas, Fondo Editorial USM, 2000, pp. 277-282. Véase también: Marín Echeverría, Antonio Ramón: *Derecho Civil I. Personas*. Venezuela, McGraw-Hill Interamericana, 1998, pp. 173-178.

² Domínguez Guillén, María Candelaria: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Colección Nuevos Autores N° 1. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2001, p. 166.

³ Véase: Escobar De La Riva, Eloy. *La Tutela*. Madrid, Revista de Derecho Privado, 1943, p. 71.

⁴ *Ídem*.

⁵ La incapacidad absoluta se subsana a través de la figura de la representación en la cual el representante se sustituye al incapaz.

⁶ En la incapacidad relativa la subsanación tiene lugar a través de la asistencia, la cual, supone una actuación conjunta: en la misma el incapaz mantiene la iniciativa del acto.

⁷ Véase sobre la diferencia entre la “representación” y la “asistencia”: Domínguez Guillén, María Candelaria: *Reflexiones sobre la representación y la asistencia de los incapaces*. En: *Revista de Derecho* N° 11. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, pp. 273-282.

no de su persona y queda privado de su capacidad de obrar; se precisa abrir la tutela del incapaz, donde jugará un papel ejecutivo protagónico, el tutor. En la incapacidad relativa, el adulto queda sometido a curatela, y si bien no pierde el libre gobierno de su persona, el sujeto queda limitado desde el punto de vista de su capacidad de ejercicio, precisando de la asistencia de un curador para realizar actos de disposición y actuaciones procesales.

Resulta fácil advertir la importancia de la figura de la delación en las instituciones de incapaces; esto porque una parte fundamental de la eficacia del régimen de protección depende en gran medida de las personas que integran el mecanismo correspondiente. En efecto, la persona que ejercerá el cargo tutelar o de curatela jugará un papel fundamental en el cuidado y desarrollo del incapaz. De allí el interés de la ley en asegurarse que la persona incapacitada y sus bienes estén en manos del llamado por naturaleza a velar por su protección.

Existen personas que por lógica y naturaleza son las llamadas a desempeñar los cargos relativos a las diversas modalidades de incapacidad. Según la institución que se trate, la ley en última instancia prevé la persona llamada a asumir el cuidado del incapaz. El legislador en esta materia parte de presunciones que permiten dilucidar o determinar quién será el llamado a asumir el cargo, sin pasearse por discusiones subjetivas que harían interminable y contraproducente la institución de protección en juego.

Así por ejemplo, según veremos en el caso de la tutela de menores, el legislador parte de que los progenitores son en primer término los llamados naturales a designarle tutor a sus hijos⁸ y que en el caso de la tutela de adultos, si el incapaz es casado su cónyuge es el llamado natural a desempeñar el cargo de tutor.⁹

Podríamos decir que el fundamento de la delación en términos generales responde a que la determinación de los cargos en materia de regímenes de incapaces no puede quedar a un criterio arbitrario de selección. Contrariamente, un asunto tan delicado como la precisión de los sujetos que han de participar en el cuidado de la persona y los bienes del incapaz debe ser especialmente regulado por el ordenamiento jurídico. Esto a fin de evitar que la arbitrariedad y la falta de objetividad se reviertan en perjuicio del incapaz.

⁸ Véase *infra* N° 2.1.

⁹ Véase *infra* N° 2.2.

La institución de la delación es de orden público,¹⁰ es decir, la misma no puede ser modificada por la voluntad de los particulares. La autonomía de la voluntad no entra en juego en tan importante instituto en materia de incapacidad. La ley tiene interés que la delación de los cargos tutelares tenga lugar en la forma que consagra el ordenamiento jurídico porque de ello en buena medida depende un sector importante de la gestión de los regímenes de incapaces. Siendo así, la delación debe necesariamente respetarse pues no se trata de una figura que pueda quedar a la disposición ni de las partes ni del juez. Este último sólo hace la selección a falta de las delaciones que tienen preeminencia sobre su decisión y en base a los parámetros que la propia ley le señala. La figura en estudio se presenta como un instituto importante y fundamental para el correcto funcionamiento de los regímenes de incapaces.

Sobre la referencia al carácter de orden público de la delación encontramos una sentencia dictada por el Juzgado Sexto de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de fecha 10 de octubre de 2003,¹¹ que alude al carácter de orden público de la delación. Tal decisión prevé:

...Es de hacer notar que la delación como se indicó *supra* es de orden público, por lo que el orden impuesto por la ley en cuanto a la designación del tutor ha de ser respetado, pues persigue la protección del incapaz y el mejor desenvolvimiento de la tutela.¹²

¹⁰ Sobre la noción de orden público, véase nuestro comentario en: Domínguez Guillén, María Candelaria. *Aproximación al estudio de los derechos de la personalidad*. En: *Revista de Derecho* N° 7. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, p. 75, especialmente, nota 98.

¹¹ Expediente N° 2002-7804, Juez Janeth Colina Peña.

¹² La citada sentencia agrega: "...Así ha indicado la doctrina que la delación es de orden público, de manera que no se puede alterar por la voluntad de los particulares. (Domínguez Guillén, *Ob. Cit.*, p. 166)". Tal referencia viene a colación porque en el caso concreto las solicitantes de la interdicción y a su vez hijas del presunto incapaz habían intentado además del procedimiento de incapacitación una acción de nulidad de matrimonio de su progenitor, en virtud de lo cual alegaban que la cónyuge de éste estaba afectada por la inhabilidad prevista en el artículo 339, ordinal 6° del Código Civil. En este sentido, el Tribunal se paseó por interesantes consideraciones sobre la delación y acertadamente señaló: "... Considera esta Juzgadora que la acción de nulidad de matrimonio interpuesta por las hijas del ciudadano... no inhabilita a la cónyuge de este último a efectos de la delación legítima que le establece la ley a su favor. Es de observar que el artículo 339, ord. 6 del Código Civil se refiere a los que tengan o se hallen en circunstancias de tener un pleito con el incapaz. La ciudadana... no tiene un pleito con su esposo, toda vez que quienes han dado origen a la acción de nulidad matrimonial son las descendientes del entredicho, razón por la cual en modo alguno la inhabilidad se aplica a la cónyuge a favor de quien se establece la delación consagrada en el artículo 398 *eiusdem* y la cual como se indicó *supra* es de estricto orden público, no pudiendo ser alterada por la voluntad de los particulares.

A propósito de esto último, si se permitiera que el simple ejercicio de una acción de nulidad matrimonial por otros legitimados activos distintos a los propios cónyuges sirviera como causa de inhabilidad a los fines de impedir la delación que la ley establece en su favor, se estaría desvirtuando el carácter imperativo de la delación y quedaría a la sola voluntad de los terceros el frustrar la delación legítima".

El carácter imperativo de la delación se aprecia claramente en el orden subsidiario que presentan cada una de sus especies, las cuales según veremos¹³ están sometidas a una suerte de gradación, que necesariamente debe respetarse.

1.3 ESPECIES

Para distinguir las distintas especies de delación debe diferenciarse entre la delación de los cargos tutelares de la delación del cargo de curador en lo que tiene que ver con el régimen de la curatela.

Respecto de la delación de la tutela, según la fuente de donde provenga la determinación del cargo, bien sea de los progenitores, de la ley o del juez, se distingue entre delación paterna, legítima o dativa, respectivamente.¹⁴ Así el origen de la selección del cargo tutelar correspondiente, marca o determina a su vez la delación. En ese sentido, si la determinación del cargo tutelar proviene de la voluntad de los padres del incapaz se habla de delación paterna; si proviene de la propia ley se alude a delación legítima y finalmente si la precisión se deriva de una selección del juzgador u órgano judicial estamos en presencia de la delación dativa o judicial.

La delación y sus especies están sometidas a un orden de gradación, en el sentido que una tiene preeminencia sobre la otra, según la tutela de que se trate, es decir, bien se esté en presencia de tutela de menores o tutela de mayores de edad. Veremos así¹⁵ que la delación entre una y otra varía, pero en todo caso, ese orden de prioridad ha de respetarse porque la delación según indicamos¹⁶ es de orden público.

Refiere en este sentido, Martínez que las tres clases de delación están sujetas a una gradación de forma tal que la delación paterna tiene preferencia sobre la legítima y ésta a su vez sobre la dativa. Es así que si un tutor legítimo se hallaba en ejercicio y apareciere el paterno, la tutela se defiende a éste. Igualmente es desplazado el tutor dativo cuando un pariente está en condiciones de ejercer la tutela legítima.¹⁷ La delación dativa o judicial si bien está en último orden presenta particular importancia por los numerosos casos en que procede.¹⁸

¹³ Véase *infra* N° 1.3.

¹⁴ Véase: Martínez, Víctor: *La Tutela en el Derecho Civil Argentino*. Buenos Aires, edit. De Palma, 1959, p. 27. Señala el autor que según el origen del nombramiento del tutor, la tutela obedece a una clasificación reconocida por las leyes de Partidas y la legislación francesa y española, que distingue entre la delación hecha por los padres, por la ley o por el juez.

¹⁵ Véase *infra* N° 2.

¹⁶ Véase *supra* N° 1.2.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ *Ibid.*, p. 41.

Apreciaremos también que a las anteriores especies de delación se agrega la delación *voluntaria* o *personal*, a saber, aquella que tiene lugar por voluntad del propio interesado cuando tenía capacidad.¹⁹

Esas especies de delación podrían tener lugar *mutatis mutandi*, según veremos en la curatela de inhabilitados.²⁰

2. LA DELACIÓN EN LOS RÉGIMENES DE INCAPACES

2.1 TUTELA DE MENORES

La tutela de menores se presenta como un régimen de protección subsidiario de la patria potestad en virtud del cual el cuidado del menor no emancipado está sometido a un tercero.²¹

La delación de la tutela de menores puede referirse al cargo de tutor, de protutor o del consejo de tutela.²² Con relación al cargo de tutor, la delación sigue el orden subsidiario de *paterna*, *legítima* y *dativa*.

En efecto, para precisar quién es el **tutor** de un menor debemos acudir primero a la delación *paterna*, es decir, a la persona que los padres han designado como tutor de su hijo. Existe verdadera prelación respecto a este tipo de delación por el respeto que al legislador le ha merecido siempre la voluntad de los padres.²³ Suele denominarse también delación testamentaria porque generalmente se suele hacer por vía de testamento; sin embargo, tal denominación no es la adecuada porque la delación paterna puede tener lugar igualmente a través de un documento auténtico que ni siquiera constituya un acto de última

¹⁹ Véase *infra* N° 3.

²⁰ Véase *infra* N° 2.3.

²¹ Sobre la tutela ordinaria de menores, véase: Aguilar Gorrondona, José Luis: *Teoría General de la Tutela Ordinaria de Menores en el Derecho Venezolano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Colección de Estudios Jurídicos, 1957, Vol. XX; Aguilar Gorrondona, José Luis: *Necesidad, Apertura y Constitución de la Tutela Ordinaria de Menores en el Derecho Venezolano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1962, Vol. XXVI, pp. 111-153; Domínguez Guillén, María Candelaria: *La tutela ordinaria de menores*. En: *Revista de Derecho* N° 2, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2000, pp. 263-267; Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 166-170.

²² Véase sobre la delación en la tutela ordinaria de menores: Aguilar Gorrondona, *Necesidad, Apertura y Constitución de la Tutela ...*, pp. 111-153; Domínguez Guillén, *La tutela...*, pp. 263-267; Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 166-170.

²³ Penichet y Lugo, Francisco: *Comentarios a la Tutela*. Madrid, Hijos de Reus editores, 1899, p. 31.

voluntad.²⁴ Esta delación paterna puede proceder entonces por testamento o por otra escritura pública.²⁵ Tal distinción se desprende igualmente del artículo 307 del Código Civil.²⁶

Señala el artículo 306 del Código Civil: “*El padre y la madre en ejercicio de la patria potestad pueden dar tutor o protutor a sus hijos en caso de que éstos queden sujetos a tutela. En caso de nombramientos sucesivos, prevalecerá el efectuado en último término*”. Los progenitores por ser los protectores naturales del menor y existir una presunción de afecto a su favor son los primeros llamados a seleccionar el cargo de tutor de su hijo. Se precisa para que la declaración paterna sea válida o tenga efecto que el progenitor no haya sido privado de la patria potestad; esto porque la delación paterna se fundamenta en el afecto que por naturaleza le tienen los padres a sus hijos y si la conducta de aquéllos desvirtúa tal presunción, la designación pierde sentido. Tal idea se refleja en el artículo 306 del Código Civil.²⁷ Significa que si el padre ha sido destituido de la patria potestad es porque no puso en su conducta el celo necesario para conservar su autoridad.²⁸ Los padres, por esa presunción de conocimiento y afecto, pueden designarle tutores distintos a sus hijos de conformidad con el artículo 307 *eiusdem*, a diferencia del juez quien deberá mantener a los hermanos bajo el cuidado de un mismo tutor según el artículo 310 *eiusdem*. Por otra parte, vale acotar que los padres si bien pueden condicionar el nombramiento del tutor al momento de la delación no pueden prever que cierta condición le haga perder al tutor dicho cargo con posterioridad al momento de asumir el cargo, esto dado el carácter continuo e indivisible que

²⁴ Mediante instrumento auténtico puede uno de los padres o ambos prever que para el supuesto de no poder ejercer la patria potestad, designa como tutor de su hijo a x persona. Obsérvese que tal posibilidad no es indicativo necesariamente de muerte sino que podría configurarse simplemente a través de las causas de exclusión absoluta del ejercicio de la patria potestad, a saber: ausencia, no presencia, interdicción o imposibilidad de hecho.

²⁵ Véase: Torres Rivero, Arturo: *Mis Comentarios y Reparos a la Reforma del Código Civil en 1982*. Caracas, Universidad Central de Venezuela y Colegio de Abogados del Estado Lara, Imprenta Universitaria, 1984, Vol. I, p. 100, el autor se refiere a la delación paterna con el término “delación voluntaria”, que se subdivide por testamento y por acto *inter vivos*. Véase igualmente: López del Carril, Julio J.: *Patria potestad, tutela y curatela*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993, p. 171, la tutela dada por los padres abarca dos formas: por testamento propiamente dicho o por “escritura pública”.

²⁶ Dispone en su parte final: “*El nombramiento debe hacerse por escritura pública o por testamento*”.

²⁷ Que prevé: “*No tendrá efecto el nombramiento de tutor hecho por el padre y la madre que, al tiempo de su muerte, no estaban en el ejercicio de la patria potestad, salvo el caso de que efectuado el nombramiento la suspensión o privación de la patria potestad hayan sobrevenido por causas de locura o ausencia*”.

²⁸ Escobar De La Riva, Ob. Cit., p. 74.

reviste la institución tutelar.²⁹ Ahora bien, como tal designación corresponde a ambos progenitores, pensamos que en igualdad de circunstancias respecto a la titularidad de la patria potestad, a falta de designación hecha por ambos progenitores, en caso de designaciones sucesivas, será válida la última de ellas.

Si no existe delación paterna o la misma no es válida, debe acudir a la delación *legítima*, es decir, a la selección que hace la ley respecto del cargo de tutor. En nuestro derecho, la ley dispone que el único abuelo sobreviviente será de derecho el tutor del menor de edad. Dispone al respecto el artículo 308 del Código Civil: “*Si no hubiere tutor nombrado por el padre o la madre, la tutela corresponde de derecho al abuelo o a la abuela sobreviviente. Si existe más de uno, el Juez podrá acordarla a cualquiera de los abuelos, tomando en cuenta el interés, la salud, el bienestar del menor; y después de oído a éste, si tiene más de doce (12) años de edad*”. Pensamos que la opinión del menor debe tener lugar al margen de su edad de conformidad con los artículos 80 y 87 de la LOPNA³⁰ y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.³¹ Como hemos indicado en otra oportunidad, el único supuesto de delación legítima en nuestro derecho tiene lugar en el caso de existir un solo abuelo sobreviviente, porque si la selección debe hacerla el juez entre varios abuelos, la delación se convierte en dativa o judicial.³² La delación legítima en el Código Civil de 1942 curiosamente estaba orientada por una doble preferencia hacia el hombre,³³ pues el artículo 308 establecía un orden de prioridad enteramente discriminatorio.³⁴

²⁹ Así por ejemplo, los padres pudieran perfectamente prever que el tío del menor será su tutor si existe la condición que para el momento de la delación el mismo se encuentre casado; por el contrario no pueden prever que una vez asumido el cargo, en caso de divorcio, el tutor cesará en sus funciones. Es decir, como es natural, la voluntad de los progenitores interviene en la selección y condición de la persona del tutor pero no puede incidir o afectar el procedimiento tutelar. Véase en este sentido; Martínez, *Ob. Cit.*, p. 25, indica que la delación paterna –a diferencia de la legítima y la dativa– puede estar sometida a condición, pues ella tiene lugar por la voluntad del padre. Pero según indica la doctrina italiana el cumplimiento de la condición debe referirse únicamente al tiempo en que se abre la tutela y no después, porque la tutela debe ser única e ininterrumpida.

³⁰ Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.

³¹ Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 179.

³² *Ibid.*, p. 168.

³³ Preferencia que por lo demás era característica en las normas de dicho Código en materia de matrimonio y comunidad conyugal.

³⁴ Preveía la norma: “... *la tutela corresponde de derecho al abuelo paterno y, en su defecto, al materno; a falta de ambos, a las abuelas paterna y materna, en este mismo orden*”.

La delación legítima ha sido criticada por la doctrina en el sentido que puede devenir en la designación o imposición legal de una persona que pueda resultar inconveniente o inepta a los intereses del incapaz. Así refiere la doctrina que la preferencia de esta delación respecto de la dativa no deja de ser discutida, fundado en que el orden de los llamamientos que la ley establece entre determinados parientes, puede conducir a que venga a su desempeño personas con la falta de aptitud necesaria.³⁵ En este sentido citamos la opinión de quien estuviera sometido a tutela y realizara un trabajo sobre dicha institución durante un curso de Seminario que dictáramos en la Escuela de Derecho: curiosamente, el autor señalaba que en una futura reforma sería conveniente equiparar a los hermanos mayores y a los abuelos respecto del nombramiento del cargo de tutor, es decir, a los efectos de la delación legítima.³⁶

Finalmente, a falta de delación paterna y legítima, tiene lugar la delación dativa o judicial, es decir, corresponde al juez seleccionar tutor al menor, de conformidad con el artículo 309 del Código Civil que prevé: “*A falta de los tutores anteriores el Juez de Primera Instancia, oyendo antes al Consejo de tutela, procederá al nombramiento del tutor. Para dichos cargos serán preferidos, en igualdad de circunstancias, los parientes del menor dentro del cuarto grado*”. La tutela dativa o judicial es siempre supletoria.³⁷ Recordemos que si existe más de un abuelo, la determinación que haga el juez en relación con los abuelos de conformidad con el artículo 308 *eiusdem*, también se presenta como delación judicial. Obsérvese que no impone la ley al juez un orden de preeminencia respecto de los parientes del menor; esto a

³⁵ Véase: Escobar De La Riva, *Ob. Cit.*, p. 85; Rodríguez-Arias Bustamante, *Ob. Cit.*, p. 129; Andreoli Marcelo: *La Riforma del Diritto Tutelare. (Considerazioni sul diritto vigente e sul progetto del nuovo codice civile)*. Italy, Cedam, Casa editrice dott. A. Milani Già Litotipo, 1931, IX, p. 67.

³⁶ Padra Medina, Luis Alfonso: *La Tutela Ordinaria de Menores. Críticas a la Institución y Aporte de Soluciones*. Trabajo de seminario “Las causas que afectan la capacidad de obrar”. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, 1997-98 (inédito), p. 24. Véase nuestra cita de dicho trabajo en: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 179. Refiere Padra que: “*Los hermanos mayores del menor que estén en capacidad de ser tutores deberían equipararse a la jerarquía de los abuelos en el nombramiento de los cargos, en razón de que en muchos casos los hermanos pueden suplir mejor que los abuelos la falta de los padres y en mejores condiciones*”.

³⁷ De La Cuesta y Aguilar, Joaquín: *La tutela familiar y disposiciones a favor del menor incapaz*. Barcelona, Bosch Casa Editorial S.A., 1994, p. 51.

fin de dejar a la discrecionalidad del órgano judicial la justa conveniencia de un cargo tan importante. No olvidemos que en dicha designación es fundamental escuchar la opinión del menor al margen de su edad por imperativo de las citadas normas de la LOPNA y la Convención sobre los Derechos del Niño, y su opinión será apreciada según la edad y circunstancias.³⁸

Además del cargo de tutor podemos precisar una delación del cargo de protutor³⁹ y del Consejo de Tutela en la tutela ordinaria de menores.

Respecto al *protutor* igualmente puede ser designado mediante delación paterna; pero no existe delación legítima respecto de tal órgano, puesto que la ley no ha previsto persona que desempeñe tal cargo a falta de delación paterna. Esto según refiere la doctrina a los fines de evitar la concomitancia familiar en un cargo que se supone de vigilancia. De allí que la delación del cargo de protutor se reduce a la paterna y en defecto de ésta a la dativa o judicial.⁴⁰

Finalmente, la delación de los cargos que integran el *Consejo de Tutela* puede ser paterna según la previsión del artículo 326 del Código Civil o en defecto de la designación paterna, la selección la hará el Juez siguiendo el orden que le impone la ley en el artículo 325 *eiusdem*.⁴¹ Obsérvese que el Juez ha de seguir el orden subsidiario que establece la ley respecto a la selección de los parientes por lo que dicha escogencia está inspirada en la delación legítima, no obstante hacerla el Juzgador. La designación libre del Juez tiene lugar si no se conocieren parientes del menor o si éstos fueren de un grado más lejano que el tercero.

³⁸ Sobre la importancia de escuchar la opinión del menor y el valor de la misma, véase: Domínguez Guillén, María Candelaria: *La capacidad procesal del menor de edad*. En: Nuevos Estudios de Derecho Procesal. Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Colección Libros Homenaje N° 8. Fernando Parra Aranguren, Editor. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, Tomo I, pp. 428 y 429.

³⁹ El protutor se presenta como el órgano de vigilancia o supervisión del tutor.

⁴⁰ Véase: Escobar de la Riva, Ob. Cit., p. 58; Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 169.

⁴¹ Prevé la norma: “Para componer el Consejo de tutela el Juez nombrará cuatro de los parientes más cercanos del menor que se encuentren en el lugar. Si hubieren próximos parientes en ambas líneas, se escogerán los cuatro de una y otra, siempre que fueren del mismo grado; y, a falta de aquéllos, el Tribunal designará personas de mayor edad que gocen de buen concepto público, prefiriendo en igualdad de circunstancias, a los relacionados y amigos habituales de la familia del menor.

La falta de alguno de los miembros del Consejo, será suplida por designación que hará el Juez según el caso.

No se designarán parientes de un grado, sino cuando en el que le precede no haya número suficiente de parientes para constituir el Consejo. Pero el Juez designará libremente los miembros que han de constituir aquél si no se conocieren parientes del menor, o si éstos fueren de un grado más lejano que el tercero”.

Como hemos reiterado estas especies de delación están sometidas a una suerte de gradación por lo que necesariamente debe seguirse el orden impuesto por la ley.

2.2 TUTELA DE MAYORES

La delación de la tutela de mayores de edad presenta igualmente un orden subsidiario pero diferente a la de los menores de edad. La delación será *legítima, paterna y dativa* o judicial.⁴² Así, a la hora de dar tutor a un mayor de edad, debemos acudir en primer término a la determinación que hace la ley respecto a quien será el tutor de derecho del incapaz; a falta de ésta la designación que hayan realizado los progenitores del adulto y finalmente en defecto de las anteriores, la designación la hace el Juez.

Primeramente para precisar quién es el tutor del sometido a interdicción judicial se acude a la delación legítima prevista en el artículo 398 del Código Civil: “*El cónyuge mayor de edad y no separado legalmente de bienes, es de derecho tutor de su cónyuge entredicho. A falta del cónyuge, o cuando éste se halle impedido, el padre y la madre, acordará, con aprobación del juez, cuál de ellos ejercerá la tutela del entredicho*”. Se aprecia así que si el entredicho se encuentra casado, la ley es clara en el sentido de establecer que su cónyuge es el tutor de derecho, el primero llamado por ley a los fines de detentar el órgano ejecutivo a nivel tutelar. Pensamos que tal delación tiene su fundamento o justificación en que el cónyuge del incapaz es la persona que por naturaleza debe cuidar su persona y sus bienes,⁴³ de tal suerte que la intervención de un tercero en contra del llamado por antonomasia a tal actividad podría generar serios inconvenientes desde el punto de vista práctico. De allí que a nuestro criterio el legislador fue sabio en darle preeminencia en la delación legítima al cónyuge del incapaz.

A falta de cónyuge, uno de los progenitores del incapaz asumirá la tutela con la aprobación del juez, lo que se presenta como una delación legítima pero a su vez subsidiaria respecto de la delación a favor del cónyuge. No por ello, tal delación deja de ser legítima o legal.

⁴² Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 303 y 304; Domínguez Guillén, María Candelaria: *El procedimiento de incapacitación*. En: Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 121. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 340-342.

⁴³ El cónyuge del incapaz igualmente gestionará la administración de una comunidad conyugal de la cual es copartícipe.

En defecto de la posibilidad anterior entra en juego la delación paterna o designación que hayan hecho los progenitores⁴⁴ y finalmente a falta de esta última tiene lugar la intervención judicial a través de la delación dativa. Así lo prevé el artículo 399 del Código Civil: “*A falta de cónyuge, de padre y madre o cuando éstos estuvieren impedidos, el Juez nombrará tutor del modo previsto en el artículo 309, a menos que el padre y la madre hayan nombrado tutor por testamento o por escritura pública previendo el caso de la interdicción del hijo*”. Señalamos en otra oportunidad que si el cónyuge es el tutor de derecho del entredicho y en consecuencia tiene preeminencia sobre los progenitores del incapaz a los fines de desempeñar el cargo de tutor, igualmente debería tener preeminencia la designación que pudiera hacer del tutor de su cónyuge y tal selección prevalecería sobre la de los progenitores del incapaz.⁴⁵

La citada sentencia de fecha 10 de octubre de 2003 dictada por el Juzgado Sexto de Primera Instancia Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, resume acertadamente los modos de delación de la tutela de mayores de la siguiente forma:

Se aprecia así que la delación en el caso de la tutela de adultos supone un triple orden de gradación: delación legítima, delación paterna y delación dativa. Esto por cuanto el cónyuge del entredicho es su tutor de derecho, y en su defecto uno de los progenitores, agotándose con ésta la delación legítima. A falta de delación legítima se acude a la delación paterna, a saber, a la designación auténtica que pudieran haber hecho los progenitores del incapaz y finalmente a falta de las anteriores, tiene lugar la delación dativa o judicial, según la cual el juez designará tutor al incapaz de la misma forma que lo hace con el menor de edad de conformidad con el artículo 309 del Código Civil.⁴⁶

⁴⁴ Tal designación de los padres –indica acertadamente Escobar De La Riva– no debe corresponder a la misma que éstos hicieran en relación a su hijo menor. Cita un caso donde la Audiencia decidió que lo procedente era la delación dativa, pues la paterna sólo había sido designada para el hijo menor de edad. (*Ob. Cit.*, p. 84).

⁴⁵ Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 304. Indicamos: “De conformidad con el artículo 398 del CC, pensamos que la delación paterna prevista en el artículo 399 *eiusdem*, debería ser subsidiaria en relación con la delación que pudiese hacer el cónyuge del entredicho. Es decir, creemos que el cónyuge del entredicho debería poder designar tutor al incapaz y tal designación privaría sobre la de los padres”.

⁴⁶ Expediente N° 2002-7804, Juez Janeth Colina Peña.

Finalmente, según veremos, creemos que es viable que la propia persona adulta y capaz pueda designar tutor –en ciertas circunstancias– previendo su propia incapacidad.⁴⁷

En cuanto a delación en la interdicción legal consagrada en el artículo 23 del Código Penal⁴⁸ según hemos explicado en otra oportunidad se plantea la duda en torno a la constitución de la tutela; si ella tendrá lugar en la misma forma que la interdicción judicial (que incluye delación legítima, paterna o dativa) por remisión del artículo 408 del Código Civil o más bien responderá a un régimen especial dada la naturaleza sancionatoria de la institución. Esta última posición es sostenida en nuestro medio por Alberto La Roche, quien señala que el entredicho legal queda sometido al régimen penitenciario y que su tutor es el Estado a través del representante que éste designe.⁴⁹ Si ello es así, la forma de delación del cargo de tutor en la interdicción legal no presenta las mismas particularidades descritas para la interdicción judicial. La diferencia viene justificada por la propia naturaleza sancionatoria que inspira la interdicción legal.⁵⁰ Se excluye igualmente respecto de la interdicción legal en razón de su propia naturaleza sancionatoria, la posibilidad de delación voluntaria o personal.⁵¹

2.3 CURATELA

La curatela es la forma de protección que apareja un régimen de incapacidad relativa como es la inhabilitación.⁵² El curador, a diferencia del tutor –que representa al incapaz– simplemente asiste al inhabilitado en la realización de ciertos actos de conformidad con el artículo 409 del Código Civil.

¿Cómo se determina el cargo de curador del adulto? El artículo 409 del Código Civil prevé que “el débil de entendimiento cuyo estado no sea tan grave que dé lugar a la interdicción, y el pródigo, podrán ser declarados por el juez de Primera Instancia inhábiles para estar en juicio, celebrar transacción, dar ni tomar a préstamo, percibir sus créditos, dar liberaciones, enajenar o gravar sus bienes, o para ejecutar cualquiera otro acto que exceda de la simple

⁴⁷ Véase *infra* N° 3.

⁴⁸ Que establece que la interdicción civil por causa criminal no podrá imponerse como pena principal, sino únicamente como accesoria a la de presidio. Sus efectos son privar al reo de la disposición de sus bienes por actos entre vivos y la administración de los mismos. Es decir, que la sanción que impone la ley al entredicho legal supone la privación de la capacidad negocial en su sector patrimonial.

⁴⁹ La Roche, *Ob. Cit.*, pp. 219 y 220. Véase en el mismo sentido: Graterón Garrido, *Ob. Cit.*, p. 351.

⁵⁰ Véase: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 358 y 359.

⁵¹ Sobre ésta última, véase *infra* N° 3.

⁵² Sobre la inhabilitación véase: Tobías, José W.: *La Inhabilitación en el Derecho Civil*. Buenos Aires, edit. Astrea, 2ª edic., 1992; Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 309-348.

administración, *sin la asistencia de un curador que nombrará dicho Juez de la misma manera que da tutor a los menores*. La prohibición podrá extenderse hasta no permitir actos de simple administración sin la intervención del curador, cuando sea necesaria esta medida. La inhabilitación podrá promoverse por los mismos que tienen derecho a pedir la interdicción”. Señalamos en otra oportunidad que la remisión a la selección del curador del inhabilitado no debió tener lugar con respecto a la tutela ordinaria de menores (que prevé una delación paterna, legítima y dativa) sino a la tutela de mayores por ser el régimen más consecuente con la incapacitación de adultos.⁵³ De manera que el orden de delación a seguir en el caso de la curatela es igual a la tutela de mayores y así por ejemplo, el cónyuge será el curador de derecho, y en defecto de éste uno de los progenitores del incapaz.

De manera que en lo que respecta a la determinación del cargo de curador del inhabilitado pensamos que debe orientarse por la forma de delación de la tutela de mayores.⁵⁴ Ahora bien, dicha selección definitiva de la persona del curador debería a nuestro entender contar con la aprobación del inhabilitado. Recordemos que el inhabilitado tiene el libre gobierno de su persona y su incapacidad de obrar es relativa por contar con un cierto grado de discernimiento. En virtud de ello, creemos que es esencial contar con la aprobación del propio incapaz a los fines de designarle curador. Ello es una simple consecuencia de la autodeterminación y libertad de la persona en el ámbito de los regímenes de incapaces relativos o parciales.⁵⁵

Ahora bien, si pensamos en la naturaleza de la inhabilitación o incapacitación relativa, en la cual el incapaz conserva el libre gobierno de la persona y en el ámbito negocial y procesal sólo es asistido por el curador, entenderemos que al inhabilitado debe reconocérsele una participación directa en cuanto la determinación de su curador. Al incapaz relativo adulto debe permitírsele una intervención activa en cuanto a selección de su curador así como se le reconoce al menor emancipado,⁵⁶ quien igualmente es un incapaz relativo sometido a un régimen de asistencia y autorización.

⁵³ Domínguez Guillén, *Ensayos...*, p. 344.

⁵⁴ Y así si el inhabilitado se encuentra casado el curador debería ser en primer término su cónyuge de conformidad con una remisión al artículo 398 del Código Civil.

⁵⁵ Por otra parte, creemos que un curador que no mantenga una sana relación con el inhabilitado puede ser fuente de conflictos e incomodidades.

⁵⁶ Prevé al efecto el artículo 383 del Código Civil: “La emancipación confiere al menor la capacidad de realizar por sí solo actos de simple administración. Para cualquier acto que exceda de la simple administración, requerirá autorización del juez competente.

Para estar en juicio y para los actos de jurisdicción voluntaria, el emancipado deberá estar asistido por uno de los progenitores que ejercería la patria potestad y a falta de ellos, *por un curador especial que el mismo menor nombrara con la aprobación del juez*”. (Destacado nuestro).

En este sentido, encontramos una sentencia dictada por el Juzgado Cuarto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas de fecha 21 de noviembre de 2003 que establece:

Ahora bien, corresponde a este juzgador precisar la persona que se desempeñará como curador del inhabilitado... En este sentido, la norma del artículo 409 indica que el Juez nombra curador al inhabilitado “de la misma manera que da tutor a los menores”. Es de apreciar, sin embargo, que dicha norma presenta una impropiedad porque la remisión a la delación no debió hacerse en función de los menores sino de la misma forma que lo nombra el menor emancipado, por ser éste el régimen que se asimila mayormente a los inhabilitados. Esto en razón de que tanto los inhabilitados como los menores emancipados son personas con una incapacidad de obrar relativa que conservan el libre gobierno de su persona. Pues bien, el menor emancipado de conformidad con el artículo 383 del Código Civil nombra un curador especial con la aprobación del juez. Si ello es así una situación similar debe tener lugar en materia de inhabilitación por cuanto se trata igualmente de incapacidad parcial donde el incapaz conserva el libre gobierno de su persona y en consecuencia debe tener participación activa en la designación de la persona que ha de desempeñar el cargo de curador. Este juzgador es del criterio que la forma de determinar el titular del cargo de curador en la inhabilitación precisa necesariamente de la participación del propio incapaz en la aprobación del mismo. Esto último atendiendo a la naturaleza que reviste la incapacidad relativa o inhabilitación que permite reservar al incapaz el propio gobierno de la persona.⁵⁷

⁵⁷ Expediente N° 02-1252. Juez Ever Contreras. Agrega la sentencia: “Así si ha referido la doctrina que el propio entredicho podría haber previsto su propio tutor para el caso de una futura incapacidad. Esto porque si los padres del incapaz pueden por vía de delación designar el tutor de su hijo, con más razón esto podría preverlo si cuenta con la capacidad para hacerlo. Se habla así de previsiones de la persona capaz para una futura incapacidad. (Véase en este sentido: Domínguez Guillén, *Ob. Cit.*, p. 303). Si ello es así considera este Juzgador como una premisa necesaria que ha de regir el derecho de la persona que al ser declarado inhabilitado el ciudadano ... este ciudadano debe autorizar –por cuanto tiene el libre gobierno de sí– la persona que quiere que se desempeñe como su curador. Es de hacer notar que en la entrevista realizada al citado presunto incapaz que corre al folio 125 en la segunda pregunta el ciudadano ... considera que la Señora ... es la que más se preocupa por su enfermedad, razón por la cual resulta conveniente que la misma sea la curadora del incapaz, previa autorización de éste”.

Sin embargo, por nuestra parte, pensamos que la aprobación del inhabilitado respecto del nombramiento de su curador es necesaria en aquellos casos que el curador sea distinto al cónyuge. Este es su curador de derecho y mal podría el incapaz desaprobalo: admitir lo contrario sería fuente de conflictos en el ámbito conyugal. Recordemos que la delación en la curatela de mayores debe orientarse por el mismo sentido que inspira la tutela de mayores y en ésta, el cónyuge del incapaz es su tutor de derecho, porque es el primer llamado a prestar su auxilio. El estar sometido a la potestad de un tercero distinto al cónyuge es incompatible con la naturaleza de la delación.⁵⁸

2.4 EMANCIPACIÓN

La emancipación implica un aumento de la capacidad de obrar del menor de edad y la adquisición del autogobierno por el solo efecto del matrimonio.⁵⁹ Hemos señalado en otra oportunidad que a partir de la reforma del Código Civil de 1982 el menor emancipado no se encuentra sometido a curatela pues ha desaparecido la figura del curador permanente.⁶⁰ Actualmente el menor emancipado simplemente está sometido a un régimen de autorización y asistencia;⁶¹ autorización judicial para la realización de actos de disposición y asistencia en el ámbito procesal de uno de los progenitores que ejercería la patria potestad o un curador *ad hoc* o especial. Lo anterior según la previsión del artículo 383 del Código Civil que prevé: “*La emancipación confiere al menor la capacidad de realizar por sí solo actos de simple administración. Para cualquier acto que exceda de la simple administración, requerirá autorización del juez competente. Para estar en juicio y para los actos de jurisdicción voluntaria, el emancipado deberá estar asistido por uno de los progenitores que ejercería la patria potestad y a falta de ellos, por un curador especial que el mismo menor nombrara con la aprobación del juez*”. En consecuencia, en nuestra opinión no tiene lugar propiamente una delación en el caso del régimen de la emancipación porque no existe actualmente la figura de la curatela de menores emancipados.

La incapacidad relativa del menor en el ámbito negocial se subsana a través de la autorización judicial para la realización del acto de disposición en

⁵⁸ Véase en este sentido: *supra* N° 2.1 e *infra* N° 3.

⁵⁹ Sobre la emancipación, véase: Binstock, Hanna: *La Emancipación en el Derecho Venezolano*. Cuadernos del Instituto de Derecho Privado 1. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1971; Domínguez Guillén, María Candelaria: *La emancipación*. En Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas N° 120, 2001, pp. 139-185; Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 183-224.

⁶⁰ Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 217 y 218.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 207-213.

concreto; la incapacidad relativa en el sector procesal se subsana según la previsión del citado artículo 383 del Código sustantivo, mediante la asistencia de las personas referidas. Si tuviésemos que poner en aplicación la distinción entre delación paterna, dativa y judicial que hemos estudiado, podríamos decir que la selección de la persona que asiste al menor emancipado en el ámbito procesal se proyecta como una suerte de delación legítima porque la ley prevé que será uno de los progenitores que ejercería la patria potestad, y subsidiariamente tendría lugar una suerte de delación judicial que se entremezcla con una delación voluntaria, pues el curador *ad hoc* es nombrado por el menor pero con la aprobación del juez. Funciona así la delación del curador *ad hoc* procesal del menor emancipado como el producto de la voluntad concurrente del menor y del juez. Concluimos así que una posible delación en el régimen de la emancipación es diferente a la figura de la inhabilitación por cuanto en ésta sí se presenta la figura del curador permanente para prestar su asistencia a nivel negocial y procesal.

3. POSIBILIDAD DE LA PROPIA PERSONA DE DESIGNAR TUTOR

Luego de precisar la naturaleza de la delación y su importancia con proyección al único interesado en el régimen de protección, a saber, el propio incapaz, ha surgido una interesante pregunta en la doctrina: ¿Puede la propia persona cuando es capaz designar tutor previendo el supuesto de su incapacidad?

Lo primero que viene a la mente de quien realiza superficialmente una lectura de las normas relativas a delación de la tutela de mayores es señalar que dicha posibilidad no está prevista por nuestra normativa. Sin embargo, si se piensa en la naturaleza y fundamento de la delación, inmediatamente asoma la idea de permitir la posibilidad de que el principal interesado pueda designar tutor previendo su propia incapacidad.

Veremos que tal planteamiento precisa a nuestro criterio de ciertos matices, pero lo que sí resulta cierto es que en el caso de los adultos si la delación paterna se fundamenta en la presunción de afecto y conocimiento que tienen los padres respecto del incapaz, es necesario concluir que la voluntad de los progenitores de un adulto no podría estar por encima de la propia voluntad de éste. Si en efecto, se trata de una persona adulta soltera y sin progenitores capaces de asumir su tutela ¿por qué no aceptar la validez del nombramiento que haya hecho dicha persona previendo su propia incapacidad?

A decir de Rodríguez-Arias Bustamante, tal posibilidad no ha sido generalmente desarrollada por las legislaciones porque inclusive no ha recibido el adecuado desarrollo por parte de la doctrina.⁶²

No obstante, cierto sector de la doctrina ha admitido la posibilidad de que la persona capaz pueda designar a su propio tutor para el caso de una futura incapacitación.⁶³ La conclusión aun cuando no cuente con una consagración expresa en el texto legal es consecuente con la finalidad de la tutela y más aún de la delación.

A tal efecto, comenta Crehuet Del Amo que haciendo una análisis sosegado de un rincón de la institución tutelar se puede investigar si cabe alguna modalidad de delación distinta a las tradicionales derivadas del derecho romano.⁶⁴ Surge así a decir del autor, además de la tutela paterna, legítima y dativa, la tutela fiduciaria. Ésta la define como la guarda de la persona y bienes deferida por mandato o comisión del sujeto a ella antes de haber incurrido en incapacidad. Es pues la designación de tutor de sí mismo hecho por un individuo de plena capacidad jurídica para el caso de que deje de ser capaz.⁶⁵ Tiene lugar entonces si un individuo nombra su propio tutor para el caso de incapacidad; ese hipotético pero verosímil caso supone una nueva forma de tutela distinta a la paterna o legítima, que en opinión de Crehuet se puede denominar fiduciaria porque tal término equivale a confianza; en ningún otro caso el acto de fe en cuanto al cargo de tutor se dibuja tan firme.⁶⁶ En opinión de Rodríguez-Arias Bustamante no existe inconveniente en que la designación del tutor la pueda hacer la propia persona por acto entre vivos mediante lo que se pudiera calificar como “mandato tutelar”.⁶⁷ En el mismo sentido se pronuncia Joaquín de la Cuesta y Aguilar, quien a pesar del vacío legislativo no encuentra objeción jurídica para que un sujeto pueda nombrar a su propio tutor.⁶⁸

⁶² Rodríguez-Arias Bustamante, *Ob. Cit.*, p. 118.

⁶³ Véase en este sentido: Crehuet Del Amo, Diego María: *La Tutela Fiduciaria*. Madrid, Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, edit. Reus S.A., 1921; Llorens, Luis Rogelio y Nelly A. Taiana de Brandi: *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*. Buenos Aires, edit. Astrea, 1996.

⁶⁴ Crehuet Del Amo, *Ob. Cit.*, p. 8.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 9. El autor advierte que la institución es aplicable tanto para la tutela como para la curatela. (Ídem).

⁶⁶ *Ibid.*, p. 10.

⁶⁷ Rodríguez-Arias Bustamante, *Ob. Cit.*, p. 121.

⁶⁸ De la Cuesta y Aguilar, *Ob. Cit.*, p. 58.

Crehuet la denomina tutela “fiduciaria” porque el término tutela “voluntaria, mandataria o contractual” constituyen a su decir denominaciones menos expresivas.⁶⁹ Por su parte, Rodríguez-Arias Bustamante la califica de “autotutela”.⁷⁰ A nuestro criterio el término “*delación voluntaria*” o “delación personal” sería propio para distinguirla por su fuente de la que nace de los padres, la ley o el juez. La delación voluntaria o personal sería aquella que parte de la voluntad directa e inequívoca del propio interesado.

Acertadamente a nuestro criterio Crehuet concluye que si convenimos en que la tutela se da en beneficio del incapacitado y no en un atributo para la pro de terceros ¿quién querrá más su beneficio que aquel que ha de aprovecharse?⁷¹ La tutela es una institución en interés y guarda de un necesitado.⁷² El instituto quedaría justificado por el criterio que inspira toda institución tutelar según el cual debe ser apreciado el interés del tutelado.⁷³ Quedaría excluida por su propia naturaleza el caso del entredicho legal.⁷⁴ La delación voluntaria o personal es exclusiva del régimen de la incapacidad⁷⁵ absoluta o interdicción judicial de manera que queda excluida respecto del entredicho legal, en razón de la naturaleza sancionatoria que le impone la ley al condenado a presidio.⁷⁶

El criterio relativo a la falta de consagración expresa —en nuestra opinión— no puede ser utilizado como argumento para descartar la posibilidad de la delación voluntaria o personal, tutela fiduciaria o autotutela. Recordemos que el legislador no es un ser omnipotente que pueda prever todas las situaciones que han de presentarse ante la aplicación de una institución; ha de ser el intérprete quien sabiamente combinará los principios que rigen la figura en estudio con las normas positivas.⁷⁷ Creemos que la posibilidad de la delación voluntaria debe necesariamente admitirse en nuestro derecho, porque la

⁶⁹ Crehuet Del Amo, *Ob. Cit.*, p. 11, nota 1.

⁷⁰ Rodríguez-Arias Bustamante, *Ob. Cit.*, p. 118.

⁷¹ Crehuet Del Amo, *Ob. Cit.*, p. 16.

⁷² *Ibid.*, p. 20.

⁷³ Rodríguez-Arias Bustamante, *Ob. Cit.*, p. 119.

⁷⁴ Véase: *Ibid.*, p. 120; Crehuet Del Amo, *Ob. Cit.*, p. 23.

⁷⁵ La incapacidad es la incapacidad que procede por sentencia, como producto de un proceso jurisdiccional.

⁷⁶ Véase *supra* N° 2.2.

⁷⁷ Véase nuestro comentario en: Domínguez Guillén, *Ensayos...*, pp. 588-590. Criticamos la posición de algunos abogados al rechazar ciertas interpretaciones porque no están expresamente consagradas en la ley proyectándose el asunto como una suerte de exageración de elementos gramatical a la inversa, pues se sostiene que lo que no está en el texto de la ley no existe. Concluimos con las sabias palabras de Emilio Betti según las cuales sólo una especie de mezquindad y de angustia mental dependiente de la falta de educación jurídica, explican el asombro del profano en derecho ante una interpretación jurídica y la pregunta ¿dónde está escrito?

idea o principio que inspira la delación está implícitamente contenida en dicho instituto.

Así, si se admite la delación paterna del incapaz adulto, es decir, la posibilidad de que los progenitores del mayor de edad incapaz designen el tutor de su hijo, ¿cómo no admitir que la voluntad de este último prive sobre la de sus padres en el tiempo que tuvo capacidad?⁷⁸ Si la delación paterna se inspira en el afecto y conocimiento paterno, debe efectivamente admitirse que así como sólo nuestros padres nos tienen un cariño único y natural, nadie puede quererse más que el propio interesado o en todo caso saber lo que le resultaría más cómodo o útil. En conclusión, si funciona en relación con los adultos la presunción de afecto paterno a los fines de la delación, con mayor razón debe funcionar una presunción de afecto o conocimiento propio que justifique la delación voluntaria o tutela fiduciaria.

Rodríguez-Arias Bustamante justifica igualmente la posibilidad de la delación voluntaria o autotutela en negativo, es decir, la circunstancia de que el interesado pudiera excluir a alguien de la posibilidad de ser su tutor. Refiere que no cabe duda en este sentido pues ello constituye un ejercicio de la facultad potestativa por parte de la persona individual que no está en contradicción con el carácter social de la institución tutelar, en tanto ésta tiene como finalidad primordial proteger al incapaz. Luego la sociedad por su propio bien no puede imponerle a una persona el que sufra la potestad de un tutor que ha reprobado de antemano, porque ello significaría una coacción moral intolerable en el ámbito inviolable de la libertad individual.⁷⁹ Ello es obvio si pensamos que en materia de tutela de menores de edad, la inhabilitación relativa del artículo 330, ordinal 9 del Código Civil, según la cual los progenitores pueden excluir de la tutela a un tercero, se tiene como un efecto en negativo de la delación. Curiosamente, sin embargo, considera el autor que el Código

⁷⁸ Véase en este mismo sentido las interesantes consideraciones de De la Cuesta y Aguilar, *Ob. Cit.*, p. 59, quien señala que la delación paterna tiene sentido porque los padres son por principio quienes aman más a su hijo, son sus mejores conocedores, tanto del status personal como patrimonial, de allí que sean quienes decidan en tan importante materia como es la de dejar previsto y ordenado todo el futuro del incapaz. Y la *ratio legis* es, indudablemente, que el incapaz *no puede proveer por sí mismo* a todo ello. Pues bien, ¿Quién mejor proveerá a su futuro, a dejar resueltas todas las situaciones personales y patrimoniales, que el propio incapaz, *cuando todavía es capaz*? Nos hallamos ante un vacío de derecho positivo y dado que hay identidad de razón, creemos que puede admitirse la autotutela, aplicando por analogía la delación paterna.

⁷⁹ Rodríguez-Arias Bustamante, *Ob. Cit.*, pp. 121 y 122.

Civil español no da base para la admisión de la figura jurídica de la autotutela.⁸⁰ Pensamos en honor a la verdad, que la misma razón que el autor ofrece para sostener la delación en negativo, es decir, la posibilidad de descartar quien sea el tutor, a saber la libertad individual, constituye el fundamento de base para justificar la delación voluntaria o personal.

Así en esencia, creemos que la delación voluntaria o personal, tutela fiduciaria o autotutela, debe ser admitida por una idea que ha de inspirar la autonomía de la persona y la institución de la tutela. Si otros pueden decidir quién será nuestro tutor con mayor razón el propio interesado podrá asumir tal decisión, y ésta tendrá preeminencia sobre la decisión de los terceros.

Ahora bien, creemos que tal planteamiento debe ser matizado a los fines de no propiciar situaciones que irían en perjuicio del propio incapaz. A tal efecto, pensamos que la delación voluntaria no surte efecto si el incapaz está casado y su cónyuge puede asumir la delación legítima. Significa que la persona adulta puede designar su propio tutor para el caso de futura incapacidad, pero que tal designación no puede sobreponerse a la delación legítima que tiene lugar a favor del cónyuge del incapaz de conformidad con el artículo 398 del Código Civil. Esto porque la idea que inspira que el cónyuge sea el tutor de derecho del incapaz radica en la propia esencia del régimen matrimonial; el cónyuge es el llamado a socorrer y cuidar a su consorte en el ámbito personal y patrimonial, en consecuencia el asignar la potestad del incapaz a un sujeto distinto a éste sería fuente de inagotables conflictos. Pensamos que así como la justificación de la emancipación radica en la incompatibilidad del estado de cónyuge con el sometimiento a la potestad de otro, igualmente se presenta incompatible que la potestad del incapaz esté en manos de un tercero distinto a su cónyuge.

De allí que pensemos, que la delación voluntaria debe tener efecto siempre que no sea posible la delación legítima a favor del cónyuge del incapaz. En cambio, la delación voluntaria sí se impone a la delación a favor de los padres. Existe ciertamente una diferencia natural entre una y otra; no creemos que el cónyuge y los progenitores del incapaz se encuentren en igualdad de circunstancias a los fines de la delación personal, por lo que pensamos que si la propia persona consideró en época de capacidad la exclusión de sus padres a favor de un tercero, tal previsión debe ser respetada. Consideramos entonces que la persona adulta puede prever quién será su tutor en caso de caer en

⁸⁰ *Ibid.*, p. 122.

incapacidad; esto encontrará aplicación a falta de cónyuge y tendrá supremacía sobre la voluntad de sus progenitores.

En definitiva, siendo consecuentes con las ideas de autodeterminación de la persona, el fundamento de la delación y el exclusivo interés que impregna a favor del incapaz los regímenes de protección, pensamos que la posibilidad de delación voluntaria, en principio, debe ser válida porque debe dársele prioridad a la voluntad del principal interesado cuando éste era plenamente capaz.

CONCLUSIÓN

La delación constituye la forma de determinar los titulares de los cargos en los distintos regímenes de incapacidad. Se fundamenta en la idea de evitar la designación arbitraria de tan importante institución. La delación en el régimen de la tutela de menores es paterna, legítima o judicial, en tanto que en la tutela de mayores, la línea a seguir es legítima, paterna o judicial; ese orden de gradación es de orden público en virtud del carácter imperativo de la figura bajo estudio.

En el presente estudio nos paseamos por las distintas opciones o gradación de la delación de la tutela de menores y de adultos; así mismo, concluimos respecto de la delación del cargo de curador, que éste debe orientarse por el mismo orden de la tutela de mayores y que el inhabilitado debe participar en su determinación por encontrarse en una situación análoga al menor emancipado, quien también participa de la selección del curador *ad hoc*, si se da el caso de éste ser necesario a nivel procesal.

Finalmente, siguiendo una interesante posición doctrinaria, nos atrevemos a sostener la posibilidad de una suerte de delación voluntaria o personal, en virtud de la cual la propia persona capaz podría designar tutor para el caso de su futura incapacidad. No obstante, creemos que tal designación no priva sobre la delación legítima consagrada a favor del cónyuge del incapaz. Tal idea si bien no cuenta con una consagración expresa, simplemente se traduce en una sana y lógica interpretación de las normas relativas a la delación y del respeto a la autodeterminación de la persona en una materia donde está en juego su propia capacidad y libertad.

Arbitraje en contratos de interés público de naturaleza comercial internacional

Ramón J. ESCOVAR ALVARADO*

SUMARIO:

Introducción

1. **Contratos de interés público de naturaleza comercial internacional:** 1.1 *Nociones preliminares.* 1.2 *Aplicación de los principios UNIDROIT como mecanismo de interpretación de los contratos comerciales internacionales.* 1.3 *Naturaleza comercial internacional:* 1.3.1 *Orden internacional.* 1.3.2 *Carácter comercial.*
2. **Aplicación del Principio de Inmunidad Relativa:** 2.1 *Planteamiento.* 2.2 *Reconocimiento de la inmunidad relativa en los casos de contratos comerciales internacionales de la administración que contienen cláusulas arbitrales.* 2.3 *Argumentación que sugiere la negación de la inmunidad relativa en los casos de contratos comerciales internacionales de la Administración que contienen cláusulas arbitrales.* 2.4 *Relación entre los artículos 26, 49, 151, 253 y 258 de la Constitución.*

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. **Universidad de Nueva York** (Estados Unidos de Norte América) Master en Derecho Comparado. **Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (CCI)**, Pasantía como Abogado invitado. Ejerce el Derecho en Steel Hector & Davis

- 3. Los contratos de interés público sometidos a arbitraje comercial internacional y su relación con el orden público transnacional: 3.1** *Noción de orden público interno, orden público internacional y orden público transnacional. 3.2 Principio de buena fe como corolario del orden público en los contratos comerciales internacionales.*

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

El propósito de estas líneas es analizar el Arbitraje en Contratos de Interés Público de naturaleza comercial internacional y, en especial, las implicaciones de la dualidad de sistemas (normas imperativas de Derecho local y normas y principios del Derecho comercial internacional) llamados a regirlos. Más que hacer énfasis en dogmas de Derecho arraigados en la cultura jurídica nacional, pretendemos presentar una perspectiva que tome en consideración las directrices del Derecho Comercial Internacional, necesaria para tener una visión real del mundo globalizado en el que vivimos. Para esto trataremos, en primer lugar, la naturaleza comercial e internacional que pudiesen tener ciertos contratos de interés público. Luego, analizaremos concretamente las diferentes posturas que se presentan frente a la relación entre el arbitraje comercial internacional y el régimen de inmunidad relativa establecido en el artículo 151 de la Constitución de la República (la “Constitución”).¹ Y, por último, nos referiremos al impacto que el principio del orden público internacional posee en los Contratos de Interés Público.

Sin ánimos de apartarnos del propósito del presente análisis (y sin entrar a tratar los controles y efectos que ellos implican ni la división de la doctrina en cuenta a su concepto), consideramos conveniente precisar puntualmente la noción de contratos de interés público, consagrados en el artículo 150 de la Constitución.² Desde un plano histórico una significativa parte de la doc-

¹ Constitución Artículo 151: *En los contratos de interés público, si no fuere improcedente, de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras*

² Constitución, artículo 150:

“La celebración de los contratos de interés público nacional requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional en los casos que determine la ley.

No podrá celebrarse contrato alguno de interés público municipal, estatal o nacional con estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, ni traspasarse a ellos sin la aprobación de la Asamblea Nacional

La Ley podrá exigir en los contratos de interés público determinadas condiciones de nacionalidad, domicilio o de otro orden o requerir especiales garantías”.

trina postulaba, en un primer momento, que la noción de contratos de interés público era una subespecie de los contratos administrativos. Sin embargo, actualmente, la tesis imperante es que la noción de contratos de interés público comprende no sólo contratos administrativos sino también contratos de Derecho Privado celebrados por la Administración.³ Nosotros nos adherimos a esta última posición.

En efecto, el Estado de comienzo del tercer milenio no se limita únicamente a prestar servicios públicos sino que además lleva a cabo actividades que pueden ser: i) similares a las de un particular en el orden interno; o ii) que, aunque son de interés general y utilidad pública, se inscriben dentro de las realizadas por un operador de comercio internacional. En consecuencia, los contratos de interés público abarcan todos aquellos contratos en los que la Administración – en cualquiera de sus formas – es parte y que, en un momento determinado, poseen gran importancia para un sector mayoritario de la sociedad, entendida ésta según parámetros geográficos (nacional, regional o estatal).

Como bien lo ha sugerido la doctrina, la clave para comprender la noción de contratos de interés público está en hacer énfasis en el negocio, servicio o actividad que de alguna manera esté relacionada con el interés general o la utilidad pública y no en la forma ni en el régimen del contrato. En otras palabras: es precisamente el fin y propósito de la actividad objeto del contrato la que hace que éste sea de interés público y no el régimen que regula el contrato el que hace que la actividad sea de interés público.⁴

Adicionalmente, se debe hacer hincapié en que la noción de contratos comerciales internacionales versa sobre negocios y actividades que se caracterizan por un gran dinamismo y, por ende, poseen un alto grado de mutabilidad temporal; algunas de las actividades que hace unos años eran consideradas de interés público quizás no lo sean hoy en día. En consecuencia, mal pudiera existir una fórmula o esquema conceptual para determinar si un contrato posee carácter de interés público.

En este contexto, la jurisprudencia venezolana se ha pronunciado sobre el particular en distintas ocasiones. Así, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (“TSJ”) ha establecido que son subsumibles en dicho géne-

³ Mélich-Orsini, José: *La Inmunidad de Jurisdicción en los Contratos de Interés Público*, en *Revista de Derecho Público* N° 7, Julio-Sept, Caracas, Edit. Jurídica Venezolana, 1981.

⁴ Boscán De Ruesta, Isabel: *Inmunidad de Jurisdicción en los Contratos de Interés Público*, en *Revista de Derecho Público* N° 14, Editorial Jurídica Venezolana, 1983.

ro de contratos todos aquellos celebrados por la República, los estados o los municipios que involucren un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentales de un grupo mayoritario de individuos.⁵ Por tanto, según el criterio de la Sala Constitucional, un contrato que se materialice en el interés de sólo un sector de la sociedad en cuestión no tendrá carácter de interés público.

Específicamente, en relación con los contratos de interés público nacional, la Sala Constitucional del TSJ ha establecido que:

...estarán incluidos dentro de la especie de contratos de interés público nacional, todos aquellos contratos celebrados por la República, a través de los órganos competentes para ello del Ejecutivo Nacional cuyo objeto sea determinante o esencial para la realización de los fines y cometidos del Estado venezolano en procura de dar satisfacción a los intereses individuales y coincidentales de la comunidad nacional y no tan sólo de un sector particular de la misma...⁶

Una vez precisada conceptualmente la noción de contratos de interés nacional, pasamos a tratar los temas objeto del presente análisis, a saber:

1. CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO DE NATURALEZA COMERCIAL INTERNACIONAL

1.1 NOCIONES PRELIMINARES

En un mundo globalizado del siglo XXI, toda Administración Pública, en su afán de lograr su *raison d'être* —alcanzar el bienestar y la felicidad de los ciudadanos—, lleva a cargo un sin fin de actividades. Entre estas actividades destacan la interacción con factores extranjeros. Así, por ejemplo: el mismo Estado venezolano celebra contratos con empresas extranjeras para construir puentes, túneles y autopistas; el Instituto Autónomo Aeropuerto Simón Bolívar de Maiquetía contrata con una empresa extranjera la ampliación de su terminal internacional; y PDVSA adquiere una empresa petrolera suramericana o celebra un convenio de asociación con una multinacional europea. Todos estos contratos poseen, en mayor o menor grado, naturaleza

⁵ Ver Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ de 24/09/02 (Caso: *Andrés Velásquez y otros vs. el último aparte del artículo 80 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público*)

⁶ Ver: *Ídem*.

comercial internacional. Como tal pueden ser regidas por normas transnacionales. Por ende, consideramos acertada la afirmación que cuando el Estado celebra un contrato comercial internacional se obliga a aceptar las reglas del “juego” comercial internacional.⁷

Sin obviar lo antes dicho, a nivel de regulación local, estos mismos contratos comerciales internacionales de interés público se rigen por un sistema de Derecho mixto –tanto de Derecho Privado como de Derecho Público–, el cual se inclinará por una u otra opción dependiendo del grado de utilidad pública y de servicio público perseguido por la Administración en el caso específico.⁸ De esta forma, los contratos de interés público de naturaleza comercial internacional se encuentran regulados por una dualidad de sistemas jurídicos, a saber: uno de normas de Derecho interno y otras de Derecho Comercial Internacional. De esta manera, al estar frente a contratos comerciales internacionales de interés público, hay que tener en cuenta tanto el interés público perseguido por la administración como las exigencias del comercio internacional; en especial, el acuerdo celebrado por las partes y derechos económicos del inversionista.⁹

Siguiendo este orden de ideas, debemos apuntar que la aplicación de ciertas normas de Derecho Transnacional o Internacional, así como la libertad de la voluntad de las partes en elegir la *lex contractus* de un contrato comercial internacional, recogida en el artículo 29 de nuestra Ley de Derecho Internacional Privado,¹⁰ no obvia la aplicación de normas de Orden Público venezolano.¹¹ Por tanto, a pesar de que las partes hayan elegido un Derecho extranjero

⁷ Böckstiegel, Kart Heinz: *The Application of the UNIDROIT Principles to Contracts involving States or Intergovernmental Organization*, en: *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, ICC International Court of Arbitration Bulletin (Special Supplement)*, ICC Publishing S.A. París, 2002, p. 53. Ver también: Silva Romero, Eduardo: *ICC Arbitration and State Contracts, En ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 13, N° 1 Spring 2002, ICC Publishing S.A., París, 2002, p. 32.

⁸ Brewer-Carías, Allan R.: *Contratos Administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, p. 52.

⁹ Silva Romero, Eduardo: *Op. Cit.*, p. 36. Ver también: Fouchard Philippe, Gaillard Emmanuel y Goldman Berthold: *Traité de l'arbitrage Commercial International*, Editions Litec, 1996, p. 44.

¹⁰ Ley de Derecho Internacional Privado, artículo 29:

“Las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes”.

¹¹ Ley de Derecho Internacional Privado, artículo 10:

“No obstante lo previsto en esta ley, se aplicara necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamiento jurídicos”.

como *lex contractus*, las normas de Orden Público venezolano les serán aplicables al contrato en cuestión.

Ahora bien, es precisamente uno de los propósitos de este trabajo responder a la pregunta de qué ocurre en los casos en que estas normas de Orden Público Interno contravengan normas de Orden Público Transnacional (o, como también son conocidos por un sector de la doctrina comparada, Orden Público realmente internacional). En nuestro criterio, la clave para entender el tema está en conciliar las posibles contradicciones de normas imperativas de ambos sistemas jurídicos (Derecho Interno y Derecho Transnacional) llamados a regir a la misma figura contractual.

En este sentido, vale la pena acotar que el aplicar las normas de Orden Público Nacional de cualquiera de los Estados que tengan una conexión sustancial con la disputa comercial (siempre y cuando esas normas no violen el Orden Público Transnacional) es una práctica reiterada en la jurisprudencia arbitral. En todo evento, ello dependerá de las circunstancias del caso en concreto, de la naturaleza de las normas nacionales y de la consecuencia de su aplicación.¹²

Sin querer adentrarnos en la eterna discusión entre Administrativistas e Internacionalistas sobre si el Derecho Público Estatal tiene mayor fuerza que el Derecho Internacional, consideramos que efectivamente el régimen mixto de los contratos en que la Administración Pública es parte debe flexibilizarse en los casos de que dichos contratos sean de naturaleza comercial internacional. La aplicación de normas de Derecho Público a contratos en los que la Administración es parte en ningún momento puede significar la marginalización de normas básicas de Derecho Comercial Internacional.

Aunado a lo anterior, como ha sido destacado por los principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales,¹³ por la jurisprudencia y la doctrina comparada, las normas del sistema interno de Derecho Internacional

¹² Craig Larence y Park W. Willian: *International Chamber of Commerce Arbitration*, ICC Publishing, Ocean Publications Inc. París, 2000, p. 345.

¹³ Principios UNIDROIT de los Contratos Comerciales Internacionales (2004), artículo 1.4 (Reglas Imperativas): *Ninguna disposición estos Principios restringirán la aplicación de las normas imperativas, bien de origen nacional, internacional o supranacional, que sean aplicables en concordancia con las normas de Derecho Internacional Privado relevantes. (Traducción libre)*. Ver también: Bonell Michael: -The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, En: *Uniform Law Review* 2004, p. 8.

Privado también les son aplicable a los contratos comerciales internacionales de Interés Público.¹⁴⁻¹⁵

Así, en congruencia con lo dispuesto por las normas del sistema venezolano de Derecho Internacional Privado, en especial por el artículo 29 de la Ley de Derecho Internacional Privado, las partes de un contrato Comercial Internacional de interés público poseen la facultad de elegir como *lex contractus* cualquier Derecho, costumbre, usos o principios internacionales (*V.gr.* Principios UNIDROIT).¹⁶ Siguiendo estas directrices, el artículo 31 *ejusdem* hace posible la aplicación de normas, costumbres y los principios de Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, siempre que cumplan con las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso en concreto.¹⁷⁻¹⁸

Todo esto hace que, en el ordenamiento jurídico venezolano, sea válido afirmar que los contratos comerciales internacionales tienen características propias que los diferencian de forma precisa de los contratos internos. Dichas características hacen que, en atención de la justicia, la equidad y la seguridad jurídica, normas concebidas para los contratos de orden interno sean flexibilizadas al aplicarse éstas a los contratos internacionales.

1.2 APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT COMO MECANISMO DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

Tanto la jurisprudencia como la doctrina comparada han mantenido pacíficamente que los principios UNIDROIT pueden ser aplicables cuando: i) hayan

¹⁴ Böckstiegel, Kart Heinz: *Arbitration and State Enterprises: A Survey on the National and International State of Law and Practice*, Deventer, Kluwer, 1984, p. 26

¹⁵ Las normas Derecho Internacional Privado deben entendidas en su concepción amplia; esta es, la que incluye no sólo normas de conflictos sino también normas materiales especiales, cualquiera que sea su origen nacional o internacional. Las normas materiales especiales son aquellas que regulan de forma directa las consecuencias de una situación con elementos de extranjería consideramos jurídicamente relevantes por el ordenamiento jurídico. Ver: Carrillo Salcedo, Juan Antonio: *Derecho Internacional Privado*, 2ª Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1976, p. 95.

¹⁶ Ver: *Laudo Arbitral CCI de 1998*, caso 7110.

¹⁷ Ley de Derecho Internacional Privado, artículo 31:

Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, costumbres y los principios de Derecho Comercial Internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación, siempre que cumplan con las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso en concreto

¹⁸ Estas directrices también son seguidas por la Ley de Arbitraje Comercial. En efecto, el párrafo artículo 8 de dicha Ley, en su segundo párrafo establece que: “*Los árbitros tendrán siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles*”.

sido pactado por las partes; ii) puedan servir como suplemento o soporte a la ley elegida por las partes para regir el contrato; iii) o que en ningún Derecho haya sido pactado por las partes.¹⁹ Ahora bien, hay que anotar que la edición 2004 de los referidos principios trae una diferencia relevante sobre el tema, a saber: normativización –por vez primera– de la aplicación de los Principios UNIDROIT como instrumento de interpretación o suplementación del Derecho Local elegido por las partes como *lex contractus*.

En efecto, el preámbulo de los principios de la Edición 2004 de los principios UNIDROIT dispone que:

(Propósito de los Principios): Estos principios establecen reglas generales para contratos comerciales internacionales. Deben ser aplicados cuando las partes hayan acordado que sus contratos sean regidos por ellos. Podrán ser aplicados cuando las partes hayan acordado que sus contratos sean regidos por los principios generales de Derecho, la *lex mercatoria* o alguna disposición similar. Podrán ser aplicados cuando las partes no elegido Derecho alguno para regir sus contratos. Podrán ser utilizados para interpretar o suplementar instrumentos de Derecho Uniforme. **Podrán ser utilizados para interpretar o suplementar Derecho Local.** Podrán servir como modelo para legisladores nacionales o internacionales. (Destacado nuestro).

A juicio de la doctrina extranjera, la normativización de la posibilidad de utilizar los principios UNIDROIT como mecanismo de interpretación de Derecho local responde al gran incremento de la aplicación de los mismos; especialmente, la llevada a cabo en tribunales arbitrales.²⁰ Y sobre este particular conviene citar las decisiones de la Corte de Arbitraje Comercial de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París –conocida por sus siglas CCI– números: 9333 de 1998, 9651 y 10335 de 2000. Todas estas decisiones han utilizado los principios UNIDROIT para interpretar, suplementar y adaptar normas de Derecho local (concebidas para regular supuestos de contratos internos) a aquellos casos de contratos internacionales.

¹⁹ Crawford James y Sinclair, Anthony: *THE UNIDROIT Principles and their Application to State Contracts*, en: *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, ICC International Court of Arbitration Bulletin (Special Supplement), París, 2002, p. 60.

²⁰ Bonell Michael: *Op. Cit.*, p. 12.

En nuestro criterio, los principios UNIDROIT pueden ser utilizados para orientar las disposiciones de nuestro Código Civil, siempre y cuando se trate de casos de Contratos Comerciales Internacionales, en virtud de los postulados del artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana y del mismo preámbulo de la Edición 2004 de los Principios UNIDROIT de Contratos Internacionales.²¹

Esta postura también puede ser fundamentada desde el campo del Derecho interno en razón del mencionado artículo 31 de la Ley de Derecho Internacional Privado y de la teoría de la Integración de los Contratos. Sobre este último respecto se debe tener en cuenta que la integración, noción que tiene su fuente legal en el artículo 1.160 del Código Civil, consiste en la labor del juez de completar el contenido del acuerdo de la voluntad de las partes en aquellos casos en los que se presenten supuestos no previstos o contemplados por las partes.²² Dicha labor debe inscribirse y limitarse a lo dispuesto por el referido artículo 1.160.²³

1.3 NATURALEZA COMERCIAL INTERNACIONAL

Precisado que el ordenamiento jurídico venezolano permite la aplicación de los principios UNIDROIT en los contratos comerciales internacionales, consideramos pertinente referirnos a qué entiende nuestro ordenamiento jurídico como contrato de naturaleza comercial internacional. En la respuesta de este planteamiento trataremos primero el ámbito geográfico y luego el carácter comercial o no comercial del mismo.

1.3.1 Orden internacional

Siguiendo los postulados sobre la prelación de fuentes en el Sistema de Derecho Internacional Privado Venezolano, establecido por el artículo 1 de la

²¹ LDIP, artículo 1:

“Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular por las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados”.

²² Sobre la Teoría de la Integración de los Contratos Ver: Mélich-Orsini, José: *Doctrina General del Contrato*, 3ª Edición, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana y Marcial Pons, 1997, p. 425.

²³ Código Civil Artículo 1.160:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”.

Ley de Derecho Internacional Privado Venezolano ("LDIP"), todo supuesto de hecho con elementos de extranjería se regulará por: i) las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia (*V. gr.* Tratados internacionales vigentes en Venezuela); ii) en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; iii) a falta de ellas, se utilizará la analogía; y iv), por último, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados. En Venezuela se encuentra vigente la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales ("Convención de México").²⁴ Dicha convención, a través de su artículo 1, claramente establece que:

...Se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.

En contraste con lo anterior, las disposiciones de la LDIP carecen de una definición de Contratos Internacionales. Ha sido la jurisprudencia patria la que se ha pronunciado sobre el tema. Así, la extinta Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia a través de la célebre decisión de fecha 10 de octubre de 1997 (caso: *Pepsi vs Embotelladoras Caracas y otros*) estableció que para determinar si un contrato es de orden internacional deben ser tomados en consideración tanto elementos jurídicos (domicilio o nacionalidad de las partes, lugar de celebración, lugar de ejecución, etc.) como elementos económicos.

En resumen, en *Pepsi vs Embotelladoras Caracas y otros*, la jurisprudencia venezolana acoge y desarrolla el principio básico del Derecho Comercial Internacional según el cual es de naturaleza internacional todo contrato que tenga influencia en el comercio internacional.²⁵ Es de esta manera como la decisión *in commento* logra plasmar una visión de vanguardia, cónsona con

²⁴ Conviene anotar que la Convención de México faculta a los Estados Partes, al momento de firmar, ratificar o adherirse a la misma, declarar a qué clase de contratos no ha de aplicarse. Venezuela, en ningún momento declaró que la inaplicación de sus disposiciones a contratos en los que la Administración sea parte.

Lamentablemente, la Convención de México únicamente ha sido ratificada por dos países, México y Venezuela. No obstante, sus postulados bien pueden ser aplicados como principios generalmente aceptados de Derecho Internacional Privado, a los cuales hace referencia el artículo 1 de la LDIP.

²⁵ Hernández-Bretón, Eugenio: *Lo que dijo y no dijo la sentencia Pepsi Cola*, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 109, Caracas, 1998, p. 143.

las realidades actuales del comercio internacional que exigen una perspectiva que incluya mucho más que elementos jurídicos; razón por la cual es celebrada por la Comunidad Jurídica Internacional.

Por su parte, la doctrina también se ha pronunciado en términos similares. Así, se ha anotado que las dos perspectivas utilizadas para determinar si un contrato es o no internacional, a saber: la económica y la jurídica. En relación con el criterio jurídico, la opinión actualmente dominante, postula que no es suficiente que uno de los elementos del contrato escape de la soberanía de un Estado para deducir que el contrato tiene carácter internacional.²⁶ Cualquier determinación debe tener en cuenta las condiciones y necesidades del comercio internacional. Y, en cuanto al criterio económico, se apunta que debe ser considerado internacional todo contrato que implica un intercambio mercantil entre países siempre que el contrato en cuestión exceda el marco de la economía interna poniendo en juego los intereses del comercio internacional.²⁷

1.3.2 *Naturaleza Comercial*

La doctrina comparada ha señalado muy claramente que para que un contrato de la Administración –en cualquiera de sus figuras– detente naturaleza comercial es necesario que ésta intervenga como un “operador del comercio internacional”, es decir, manteniendo relaciones contractuales con empresas privadas extranjeras.²⁸ Así pues, por muy administrativo que internamente sea considerado un contrato, desde la perspectiva del Derecho Internacional, tendrá naturaleza comercial siempre que la administración actúe como un operador de comercio internacional contratando con empresas foráneas.

Sobre este tema, se ha planteado la hipótesis de contratos de interés público donde una controversia sobre la ejecución del contrato sea de carácter netamente comercial.²⁹ En este respecto, consideramos que, al analizar cada contrato de la Administración debe separarse conceptualmente el campo comercial del administrativo. Es decir, es necesario trazar un límite entre la

²⁶ Romero, Fabiola: *El Derecho Aplicable al Contrato Internacional*, en: *Liber Amicorum, Homenaje a la Obra Científica y Académica de la Profesora Tatiana B. de Maekelt*, Tomo I, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 200, p. 212.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Fouchard Philippe, Gaillard Emmanuel y Goldman Berthold: *Op. Cit.*, p. 43.

²⁹ Brewer-Carías, Allan R.: *El Arbitraje y los Contratos de Interés Nacional*, en: *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, Serie Eventos 13, Caracas, 1999, p. 183.

relación contractual en la que la Administración actúa como un operador de Comercio Internacional de las potestades públicas de la Administración, las cuales en ningún momento pueden ser consideradas como comerciales.

A pesar de que en relación con este particular el criterio de la jurisprudencia patria parecía ser conteste con el de la doctrina, una reciente decisión de la Sala Politicoadministrativa de fecha 15 de julio de 2004 (caso: *Minera Las Cristinas, C.A. contra Corporación Venezolana de Guayana*) sugiere lo contrario. En efecto, la referida sentencia (en un caso de Contrato Comercial Internacional) tilda de carácter administrativo la rescisión de un contrato mercantil, lo cual –en nuestro criterio– representa un retroceso significativo.

Insistimos: una cosa es la rescisión de la Administración y otra, muy distinta, es la facultad de rescindir. El acto de rescisión bien puede estar inscrito dentro de una relación en donde la Administración actúe como un operador de comercio internacional y, como tal, dicho acto *per se* detenta carácter comercial; la potestad pública –en sí misma considerada– que otorga a la Administración el poder de rescindir ciertos contratos de interés general mal puede poseer carácter comercial. Por tanto –en nuestro juicio– la referida decisión de la Sala Político-Administrativa saca fuera de contexto el balance que debe existir entre la actuación administrativa como agente de comercio internacional y el régimen de Derecho Público interno que rige a la Administración.

2. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INMUNIDAD RELATIVA

2.1 PLANTEAMIENTO

Una vez establecidos los requisitos necesarios para que un contrato de la Administración sea considerado de naturaleza comercial internacional, pasamos a analizar la relación del Arbitraje Comercial Internacional con la noción de inmunidad relativa, establecida en el artículo 151 de la Constitución, que como ya señalamos, es del tenor siguiente:

En los contratos de interés público, **si no fuere improcedente, de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada**, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competen-

tes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras. (Destacado nuestro).

La tesis de la inmunidad absoluta ha sido dejada atrás tanto por el constituyente venezolano como por gran parte del Derecho Comparado; inclusive, hoy la regla general sobre la materia es permitir la renuncia a la inmunidad.³⁰ Así por ejemplo, la Primera Cámara de Casación Civil de la Corte Suprema de Francia, a través de su decisión de 06 de julio de 2000 (Caso: *Société Creighton Limited vs. Ministres des Fiances du Qatar*), estableció que la celebración por parte de un Estado de una cláusula arbitral reporta dos consecuencias básicas, a saber: i) su renuncia a cualquier inmunidad de jurisdicción a la que pueda haber tenido beneficio; ii) el perfeccionamiento de la obligación de ejecutar un eventual laudo arbitral.

A pesar de los postulados del propio artículo 151 de la Constitución y de la unanimidad de criterio tanto en la jurisprudencia como en la doctrina comparada, la jurisprudencia venezolana sobre el tema se caracteriza por carecer de constancia y de organización sistemática. Por un lado, varias decisiones han tomado el criterio –de manera expresa o tácita– que a los contratos de interés público de naturaleza comercial internacional no les son aplicable la cláusula de jurisdicción exclusiva. Por el otro lado, existen ciertas decisiones que, a pesar de no tratar de manera expresa el particular, desarrollan una argumentación que deja sin efecto y erosiona la inmunidad relativa (V. gr. la ya comentada decisión de la Sala Político-Administrativa de fecha 15 de julio de 2004 (caso: *Minera Las Cristinas, C.A. contra Corporación Venezolana de Guayana*)).

2.2 RECONOCIMIENTO DE LA INMUNIDAD RELATIVA EN LOS CASOS DE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN QUE CONTIENEN CLÁUSULAS ARBITRALES

La extinta Corte Suprema de Justicia en pleno, a través de decisión de fecha 17 de agosto de 1999 (caso: *Apertura petrolera*), determinó de forma expresa que a los convenios de asociación para la exploración a riesgo de nuevas áreas y la producción de hidrocarburos bajo el esquema de ganancias compartidas tenían carácter comercial y, por ende, no les era aplicable la cláusula de jurisdicción exclusiva contenida en la Constitución de 1961

³⁰ Girard, Pascale: *Aptitude a Compromettre et Immunité de Jurisdiction*, en: *Recherche sur l'arbitrage en Droit International et Comparé*, Université Pathéon - Assas (Paris II), Paris, 1997 p. 98.

—vigente para la época de la decisión—; parafraseando a la Corte: Todos aquellos contratos cuya naturaleza haga procedente la incorporación de la cláusula arbitral se inscriben dentro de la cláusula de inmunidad jurisdiccional relativa.³¹ Así pues, los tribunales venezolanos carecen de jurisdicción exclusiva en todos aquellos casos de contratos de naturaleza comercial en donde la Administración sea parte.

En nuestro criterio, resulta de gran importancia resaltar que la extinta Corte adoptó la postura del maestro Mélich-Orsini, a quien se le solicitó su opinión como testigo experto. El Doctor Mélich fue diáfano en afirmar que:

La expresión “según la naturaleza del contrato” que se utiliza por el artículo 127 [artículo 150 en la Constitución de 1999] no puede interpretarse referida a las notas formales que sirven para clasificar un contrato como derecho público o de derecho privado, o para subsumirlo en alguno de los tipo contractuales de carácter técnico jurídico, sino con referencia a las concretas posibilidades prácticas del negocio en cuestión.

Adicionalmente a la sentencia *Apertura Petrolera*, la jurisprudencia venezolana también se ha pronunciado sobre el tema de manera indirecta, (ésta es: cuando el Tribunal no se pronuncia expresamente sobre la inmunidad relativa pero, sin embargo, sí basa su decisión sobre la premisa que la cláusula de jurisdicción exclusiva de los tribunales venezolanos no es aplicable a contratos de naturaleza internacional), en sentencias de la Sala Constitucional y de la Sala Político-Administrativa, respectivamente, a saber: i) 19 de marzo de 2003 (caso: *Las Cristinas*); y ii) 18 de noviembre de 2003 (caso: *Aucoven*). En la primera de estas decisiones, la Sala Constitucional da cabida al arbitraje en los contratos administrativos de naturaleza internacional, desde la perspectiva del artículo 258 de la Constitución (promoción del arbitraje); en la segunda, *Aucoven*, a pesar de que se declara la ineficacia de la cláusula arbitral debido a la falta de aprobación por parte del Presidente de la República, por lo menos no niega directamente la po-

³¹ La Constitución de 1961 consagraba la cláusula de jurisdicción exclusiva en su artículo 127, el cual disponía que: *En los contratos de interés público, si no fuere improcedente, de acuerdo con la naturaleza de los mismos, se considerará incorporada, aun cuando no estuviere expresa, una cláusula según la cual las dudas y controversias que puedan suscitarse sobre dichos contratos y que no llegaren a ser resueltas amigablemente por las partes contratantes, serán decididas por los tribunales competentes de la República, de conformidad con sus leyes, sin que por ningún motivo ni causa puedan dar origen a reclamaciones extranjeras*

sible facultad jurisdiccional del Tribunal Arbitral en el supuesto que la cláusula arbitral hubiere tenido eficacia.

2.3 ARGUMENTACIÓN QUE SUGIERE LA NEGACIÓN LA INMUNIDAD RELATIVA EN LOS CASOS DE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN

Como señalamos *supra*, la más reciente decisión del TSJ pareciera apuntar al camino opuesto al sentado criterio jurisprudencial sobre el tema. En efecto, la decisión de la Sala Político-Administrativa de fecha 15 de julio de 2004 (caso: *Minera Las Cristinas, C.A. contra Corporación Venezolana de Guayana*), además de contradecir el precedente de la Sala Constitucional (sentencia en el mismo caso pero de fecha 19 de marzo de 2003), deja al margen los postulados del artículo 48, 253, 151 y 258 de la Constitución (consagración del principio *pro-arbitri*) al analizar las normas constitucionales referente a la tutela judicial efectiva, lo cual, representa una visión inacabada de la intención del constituyente.³² La sentencia *in commento* dispone que:

Es decir, aun cuando las cláusulas vigésima sexta y vigésima séptima del contrato hayan expresado que las vías para resolver los conflictos relativos al mismo, son la amistosa y el arbitraje, como vía única y exclusiva, no restringe la posibilidad de que las partes tengan acceso a la jurisdicción, bien sea a través del procedimiento ordinario o a través de los procedimientos para tramitación de la acción con pretensión de nulidad contra actos administrativos, contenidos en las leyes referidas a la materia, teniendo en cuenta que además, las propias partes decidieron discutir el mismo problema, a través de otros procedimientos judiciales instaurados por la actora antes de la solicitud de formalización del arbitraje.

Aunado a lo anterior, considera esta Sala que el acceso a la jurisdicción (artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) por los diversos medios consagrados en el Texto

³² La sentencia, aunque copia el texto del artículo 258 de la Constitución, no analiza sus postulados. Asimismo, queremos resaltar que, en nuestro juicio, resulta al menos controversia la interpretación que da la Sala Político-Administrativa a la decisión que sobre el mismo caso dictó la Sala Constitucional. En efecto, la Sala Constitucional claramente dictamina que, en concordancia con el comentado artículo 258 *eiusdem*, las partes eligieron resolver sus controversias por vía mecanismos resolución alternativas –vía amistosa y arbitraje–. Si la Sala Constitucional hubiera considerado que, en congruencia con los postulados de la Carta Magna, la cláusula de arbitraje era ineficaz, lo hubiera declarado. Por ende, mal puede la Sala Político fundamentar su decisión en argumentos que contrarían la interpretación constitucional realizada por la Sala Constitucional.

Constitucional, no puede ser impedido en estas especiales materias, por cláusulas contractuales o convenios entre particulares y un ente público.

A pesar de las interpretaciones constitucionales de la Sala Politicoadministrativo del TSJ carecen de fuerza vinculante, la postura por la decisión *in commento* representa un retroceso significativo, tanto en cuanto a la noción del derecho al acceso a la justicia como en materia de Arbitraje. Como veremos con más detalle *infra*, en ningún momento toma en consideración los postulados de los artículos 26,³³ 151³⁴ y 258³⁵ de la Constitución.

Una interpretación que sistemáticamente tome en cuenta dicha normativa debe entender que en la actualidad la gran parte de los agentes del comercio internacional tienen dudas razonables acerca de la idoneidad de los sistemas y procedimientos de justicia a los que pueden quedar sometidos, razón por la cual sea ha concebido una institución que calma esos temores al mismo tiempo que garantiza la dinámica del comercio internacional y representa un mecanismo loable, eficaz y expedito para la administración de justicia.³⁶ Al menos esa es la perspectiva del constituyente venezolano de 1999. No entendemos por qué la jurisprudencia del TSJ, en especial de la Sala Político-Administrativa, toma la posición contraria.

³³ Constitución, artículo 26. “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

³⁴ Constitución, Artículo 253: “La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio”.

³⁵ Constitución, artículo 258: “La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”.

³⁶ En relación con el artículo 151 de la Constitución, ver: Rondón de Sansó Hildergard: *Ad imis fudanmentis, Análisis de la Constitución Venezolana de 1999, Parte Orgánica y Sistemas*, Caracas, 2000, p. 100.

2.4 RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 26, 49 151, 253 Y 258 DE LA CONSTITUCIÓN³⁷

Los artículos 26 y 49 de la Constitución consagran como dos de los derechos más importantes del Estado de Derecho, los derechos a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, los cuales pueden englobarse dentro del denominado derecho de acceso a la justicia.³⁸ Estos derechos permiten a los justiciables resolver sus controversias por cualquiera de las instituciones jurídicas (bien sea la jurisdicción judicial o la arbitral) que consideren que darán una mayor protección a sus derechos e intereses.

La Constitución, a través de sus artículos 253 y 258, consagra al arbitraje como una institución básica del sistema de justicia venezolano, al mismo exige a su promoción. Por tanto, toda interpretación sistemática de la Constitución conducirá inexorablemente a concluir que todo justiciable posee dos vías por las cuales resolver sus controversias, a saber: la justicia judicial y la justicia arbitral. El justiciable puede ser coartado de una de estas vías sólo en desmedro de su derecho fundamental al acceso a la justicia.

Conviene precisar, como bien lo hace la doctrina patria, que el derecho a la tutela judicial efectiva debe ser entendido como un derecho y no como un deber de los ciudadanos. La justicia, tal cual como fue concebida por el constituyente de 1999, no es poder detentado de manera monopólica y magnánime por el Estado; es un derecho de los ciudadanos —el soberano—. ³⁹

La elección del arbitraje como método de resolución de conflictos en ningún momento significa la renuncia o la exclusión absoluta, permanente y para todo propósito de la jurisdicción judicial ordinaria. En lo absoluto. Lo que quiere decir es que una vez las partes hayan celebrado una cláusula arbitral válida, las controversias relativas o relacionadas al contrato o relación co-

³⁷ Sobre el tema ver: Recurso de nulidad contra numeral 4º del artículo 89 de la Ley de Protección al Consumidor presentado por: Hernando Díaz Candia, Bernardo Weininger, Ramón J. Escovar Alvarado, y Juan José Delgado.

³⁸ Constitución, artículo 26: “*Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.* El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”.

Constitución, encabezado del artículo 49: “*El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...*”.

³⁹ Hung Vaillant Francisco: *Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2001, p. 31.

mercial en donde ésta se encuentre inmersa serán resueltas, en su fondo, a través de arbitraje.

El control que sobre el laudo arbitral pueda ejercer la jurisdicción ordinaria queda suspendido hasta después que éste sea dictado. Una vez dictado el laudo, la jurisdicción ordinaria, mediante la decisión del recurso de nulidad, vuelve a tener cierto control dentro de los excepcionales y limitados términos del artículo 43 de la Ley de Arbitraje Comercial.⁴⁰

Por estas razones, toda interpretación del artículo 151 de la Constitución debe tener en cuenta de manera sistemática los postulados de los artículos 26, 49, 253 y 258 *ejusdem*.

3. LOS CONTRATOS DE INTERÉS PÚBLICO SOMETIDOS A ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL Y SU RELACIÓN CON EL ORDEN PÚBLICO TRANSNACIONAL

3.1 NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNO, ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y ORDEN PÚBLICO TRANSNACIONAL

El sometimiento de contratos de interés público a arbitraje comercial internacional es hoy en día un principio generalmente aceptado en el Derecho Comercial Internacional. Dicho principio es aceptado, desde un punto de vista subjetivo (entendiendo que toda Administración Pública, en cualquiera de sus formas, tiene capacidad para someter a arbitraje comercial internacional contrato de interés nacional), por Convenciones Internacionales,⁴¹ Derecho Comparado y jurisprudencia de arbitraje Comercial Internacional.⁴²

De hecho, una diversidad de ordenamientos jurídicos que no permiten el arbitraje en contratos comerciales internos de la Administración, lo admiten en casos de contratos internacionales.⁴³ Así, por ejemplo, el artículo 2060 del Código Civil francés expresamente prohíbe el arbitraje en contratos co-

⁴⁰ Maekelt B. Tatiana y Madrid M. Claudia: *Al Rescate del Arbitraje en Venezuela*, en: *El Derecho Privado y Procesal en Venezuela (Homenaje a Gustavo Planchart Manrique)*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2003, p. 773.

⁴¹ Por ejemplo la Convención de Ginebra del 21 de abril de 1961, la cual, mediante de su párrafo 1º, otorga la facultad de a las empresas y personas de forma de Derecho Privado de la Administración Pública ha suscribir acuerdo de arbitrajes

⁴² Fouchard Philippe, Gaillard Emmanuel y Goldman Berthold: *Op. Cit.* p. 338.

⁴³ Conviene recalcar que muchos de esos ordenamientos jurídicos, a diferencia de lo que ocurre en Venezuela, carecen de normas constitucionales consagrando al arbitraje comercial como un instituto básico y fundamental del sistema del Justicia y que consagran el principio *pro-arbitri*.

merciales internos de la Administración. Sin embargo, la Corte de Casación francesa, a través de su célebre decisión del 02 de mayo de 1966 (caso: *Galakis*) determinó que la referida prohibición del Código Civil no era aplicable a contratos internacionales celebrado en el ámbito del comercio internacional.⁴⁴ La Corte de Casación francesa, condicionando el carácter comercial internacional a que el contrato en cuestión haya sido celebrado en virtud de las necesidades y las condiciones dispuestas por la costumbre del comercio internacional, determinó que: i) las partes en litigio no pueden hacer uso de su Derecho Nacional para burlar la aplicación una convención arbitral; y que ii) a pesar de lo dispuesto por el Derecho Interno francés, la Administración sí puede someter a arbitraje aquellos contratos que tengan naturaleza comercial internacional.

Un gran número de legislaciones y tribunales han adoptado los postulados de la decisión *Galakis*.⁴⁵ Así, por ejemplo, el artículo 177(2) de la Ley de Derecho Internacional Privado suiza estipula que, una vez perfeccionado el acuerdo arbitral, un Estado –en cualquiera de sus formas– no puede valerse de su propio Derecho Interno para cuestionar la arbitrabilidad de la controversia o su capacidad para ser parte de un arbitraje.⁴⁶ La base del razonamiento de esta tesis consiste en reconocer la preeminencia del Orden Público Transnacional al Orden Público Interno y al Orden Público Internacional. Sin embargo, antes de profundizar más en este respecto, conviene precisar conceptualmente las diferentes nociones de orden público.

En primer lugar, el Orden Público Interno se encuentra en todas aquellas disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico cuya aplicación no es disponible por la voluntad de los particulares pero que puede estar sujeta o condicionada a una norma de conflicto (por ejemplo: el artículo 18 del Código Civil venezolano –es mayor quien haya cumplido 18 años–) en supuestos integrados por elementos de extranjería. Por su parte, el Orden Público

⁴⁴ Fouchard Philippe, Gaillard Emmanuel y Goldman Berthold: *Op. Cit.*, p. 335.

⁴⁵ De hecho, en Francia, esta la doctrina sentada por la decisión *Galakis* ha sido recientemente reiterada por la Primera Cámara de la Corte de Casación Francesa, a través de decisión de fecha 20 de diciembre de 1992 (caso: *Dalico*).

⁴⁶ Ver: Rodner James O.: *La Anulación del Laudo Arbitral*, en: *Libro de Estudios de Derecho Procesal Civil (Homenaje a Humberto Cuenca)*, Colección Libros Homenajes N° 6, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, p. 881.

Internacional está representado por todas aquellas normas imperativas internas que por ser directa e inminentemente esenciales para la subsistencia política, económica o social del ordenamiento jurídico interno se aplican inmediatamente en todos los supuestos posibles, inclusive en aquellos que posean elementos de extranjerías.⁴⁷ Es decir, las normas de Orden Público Internacional no admiten la eventual aplicación de un Derecho extranjero; los elementos extranjeros del caso en cuestión devienen en irrelevantes (*V. gr.* supuestos extranjeros regulados por regímenes de controles de cambios).

Por último, el Orden Público Transnacional consiste en todos aquellos valores de carácter transnacional cuya renuncia o irrespeto haría completamente inviable la interacción de los diferentes agentes de la comunidad mundial y que constituye un verdadero orden público universal o, al menos, común para los Estados civilizados que debe respetarse inclusive en detrimento por normas de imperativas de Derecho Interno.⁴⁸ En cuanto a su fuentes, la doctrina francesa ha señalado que éstas pueden ser tanto públicas como privadas. Entre las privadas se encuentran el artículo 39 del Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁴⁹ el artículo 38 de los Estatutos de la Corte Internacional de Justicia⁵⁰ y el artículo 42 de la Convención de Washington

⁴⁷ Ver: Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto: *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 2000; Romero, Fabiola: *La norma de Aplicación Inmediata o Necesaria*, en: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 112, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999. pp. 127-128; Carrillo Salcedo, Juan Antonio: *Op. Cit.*

⁴⁸ Ver: Racine, Jean Baptiste: *L'Arbitrage Comercial Internacional et L'Ordre Public*, Bibliothèque de Droit Privé, Tome 309, L.G.D.J., Paris, p. 357 y Chillón Medina, José María y Merino Merchán, José Fernando: *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Segunda Edición, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, p. 654.

⁴⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 38: “Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional. Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal”.

⁵⁰ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia La Corte, artículo 38, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: “a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. (Subrayado nuestro)”.

sobre la resolución de diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.⁵¹⁻⁵²

El Orden Público Transnacional se materializa en valores como la libertad en la voluntad contractual, la buena fe, la propiedad, los derechos *jus cogens*, la ejecución de las sentencias extranjeras, la ineficacia de contratos que hayan sido consecuencias de actos de corrupción o de inmoralidad. Es consecuencia de un grado razonable de sensibilidad y respeto en relación con: la comunidad internacional, la capacidad de tribunales extranjeros y transnacionales; la necesidad del sistema comercial internacional de previsibilidad en la resolución de conflictos.⁵³ Tanto la jurisprudencia como la doctrina comparada estima que éste se manifiesta de las maneras siguientes: contribuyendo a la formación de reglas específicas adaptadas a las necesidades del comercio internacional; excluyendo –en ocasiones– la aplicación de una norma imperativa de la *lex fori*; protegiendo el orden público de otro u otros Estados o de la comunidad internacional.⁵⁴

Un breve resumen de las consecuencias de la evolución de la influencia del Orden Público Transnacional y su relación con el Arbitraje Comercial Internacional se encuentra en la argumentación de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la decisión *Mitsubishi Motors*, la cual afirmó que:

En la medida de la expansión del Comercio Internacional en las décadas recientes, también lo ha hecho la utilización del arbitraje comercial para resolver disputas producto de ese comercio ... si [las instituciones de arbitraje internacional] van tomar un lugar central en el ordenamiento jurídico internacional, los tribunales nacionales deben “sacudirse la vieja hostilidad hacia el arbitraje” y

⁵¹ Convención de Washington sobre la resolución de diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados: “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. (ii) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u obscuridad de la ley. (iii) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*”

⁵² Ver: Racine, Jean Baptiste: *Op. Cit.* 358.

⁵³ Ver: *Decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica de 1985*. (Caso: *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc*) Ver también: Born, Gary B.: *International Civil Litigation in United States Courts, Third Edition, Kluwer Law Internacional*, London, 1996, p. 1.019

⁵⁴ Chillón Medina, José María y Merino Merchán, José Fernando: *Op. Cit.*

también su acostumbrada e inentendible falta de voluntad para ceder la jurisdicción de las disputas producto de sus leyes domésticas a los tribunales arbitrales extranjeros o transnacionales. En esta medida, por lo menos, será necesario para las cortes nacionales subordinar nociones domésticas de arbitrabilidad a la política internacional que favorece al arbitraje comercial.

La práctica en la jurisprudencia arbitral ha sido dar preeminencia al Orden Público Transnacional ante normas imperativas internas de cualquier Estado interesado. Sin embargo, esto en ningún momento obvia la inobservancia absoluta de normas de Orden Público Nacional o Internacional.⁵⁵ En lo absoluto. De hecho, en los supuestos de contratos comerciales internacionales en los que la Administración es parte,⁵⁶ el Arbitraje Comercial Internacional también tiene que tomar en cuenta el interés público perseguido por la Administración.⁵⁷ Por tanto, debe buscarse conciliar la naturaleza comercial internacional de las transacciones internacionales del Estado —cuando éste se comporta como un operador de comercio— con el interés público que caracteriza sus actuaciones.⁵⁸ El marginar por completo las normas imperativas de Derecho interno acarrearía la inejecutabilidad de los laudos arbitrales que así lo hiciesen. Todo tribunal Arbitral tiene el deber de velar que su laudo pueda ser ejecutado en diferentes ordenamientos jurídicos relacionados sustancialmente con el mismo.⁵⁹

En definitiva, la aplicación y el respeto al Orden Público Transnacional implica: i) el deber de todos los ordenamientos jurídicos a flexibilizar sus normas de Derecho Público, Orden Público Interno y Orden Público Internacional (Normas Imperativas de Derecho Interno) en aquellos casos en que éstas puedan traer como consecuencia la violación del Orden Público Transnacional; ii) el deber de los tribunales de aplicar normas imperativas

⁵⁵ Craig Larence y Park W. Willian, *Op. Cit.* p. 344.

⁵⁶ Un dato interesante es que de los 500 arbitrajes llevados por la Cámara Internacional de Arbitraje de la CCI en 2000, 49 fueron casos en los que una Administración Pública era parte. En: Silva Romero, Eduardo: *Op. Cit.*, p. 36

⁵⁷ Sin embargo, sobre este particular hay que tener en cuenta la posición del profesor Pierre Mayer, (Universidad de París II), —citado por Silva Romero— quien afirma que sólo puede hablarse de contratos en los que la Administración persigue una finalidad pública en el campo de Derecho Interno; en el campo del comercio internacional, el Estado actúa siempre como un operador más. Ver *Idem*.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ Craig Larence y Park W. Willian, *Op. Cit.*, p. 348.

de los ordenamientos jurídicos relacionados sustancialmente con el litigio arbitral, siempre y cuando dicha aplicación no acarree la violación del Orden Público Transnacional.

3.2 PRINCIPIO DE BUENA FE COMO COROLARIO DEL ORDEN PÚBLICO TRANSNACIONAL EN LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

Uno de los diferentes corolarios del Orden Público Internacional y de los principios del Comercio Internacional es la buena fe contractual (*"non venire contra factum proprium"*). En Venezuela se encuentra consagrada en el artículo 1.160 del Código Civil⁶⁰ y, como principio del Comercio Internacional, ha sido recogida por el artículo 1.7 de los principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales.⁶¹ La buena fe está integrada una dualidad de nociones, a saber: la buena fe objetiva y la buena fe subjetiva.

La buena fe subjetiva se manifiesta en la entera convicción de un sujeto en que su actuar se encuentra apegado a Derecho; la buena fe objetiva consiste en el comportamiento leal y honesto en la ejecución de las obligaciones.⁶²

La jurisprudencia de Arbitraje Comercial Internacional ha afirmado de forma reiterada que la alegación, luego que se ha celebrado la cláusula arbitral, de normas internas que postulan la inarbitrabilidad subjetiva de la Administración es contraria a la buena fe.⁶³ Cualquier cuestionamiento de dicha capacidad debe darse antes del perfeccionamiento del contrato en que se encuentre inmersa la cláusula arbitral.

El alto grado de dinamismo que caracteriza el sistema actual de comercio internacional exige un mínimo de consideración con los agentes de comer-

⁶⁰ Código Civil de Venezuela, artículo 1.160:

"Los Contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley".

⁶¹ Principios UNIDROIT de los Contratos Comerciales Internacionales (2004), artículo 1.7 (Buena Fe y lealtad en el trato): (i) *Cada parte debe actuar en concordancia con la buena y lealtad en el trato en el Comercio Internacional*; (ii) *Las partes no pueden excluir o limitar este deber*. Vale la pena destacar que este principio es una de los más aplicados por Tribunales Arbitrales alrededor del mundo. Ver: Bonell Michael: *Op. Cit.* p. 8

⁶² Rodríguez Matos, Gonzalo: *La Buena fe en la Ejecución del Contrato*, en: *Libro Homenaje a Andrés Aguilar*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, p. 420.

⁶³ Ver: Caso ICC N° 6474 de 1992 En: Arnaldez Jean Jacques, Derains Yves y Hascher Dominique: *Collection of ICC Arbitral Awards/ Recueil des Sentences Arbitrales de la CCI 1996-2000*, Kluwer Law International, París, 2003., p. 363.

cio; sería perjudicial para el comercio internacional exigirle a sus agentes estar al tanto de la diferente normativa que pudiera ser objeto sus actividades en todos los ordenamientos jurídicos en donde estas pueden tener efecto. Por tanto, ciertas normas internas deben flexibilizarse, de manera tal de no poner al comerciante en una posición más desfavorable que la detentada por la Administración co-contratante ni perjudicar a la inversión extranjera.

La Corte Internacional de arbitraje de la CCI se ha pronunciado sobre el tema en diferentes ocasiones. Así, el laudo CCI 1939 de 1971 determinó que el Orden Público Transnacional jamás podía ser sacrificado en razón de normas imperativas internas; mal puede valerse la Administración contratante de lo dispuesto en su propio Derecho para escapar de la cláusula arbitral cuando la aplicación de ese Derecho signifique la violación al Orden Público Transnacional. En similares términos se han pronunciado los laudos CCI 2521 y 4381 de 1975 y 1986.

Siguiendo este orden de ideas, resalta el laudo CCI de 30 de abril de 1982 (caso: *Framotome v. Organización Atómica de Irán*), el cual de manera tajante afirma que, una vez celebrado el contrato que contiene la cláusula arbitral, la empresa o instituto de la Administración no puede valerse de norma constitucional o legal alguna para argumentar la ineficacia de la referida cláusula en razón de la falta de capacidad del órgano administrativo. Así mismo destaca el laudo 6474, el cual fue claro en afirmar la buena fe contractual, como corolario del principio de Orden Público Transnacional, requiere que el operador de comercio internacional no este sujeto en una posición más desventajosa que la Administración. La posición desfavorable del operador de comercio internacional ocurriría toda vez que se declare la ineficacia de una cláusula de arbitraje en razón de cierta normativa de Derecho interno no cumplida al momento de celebración que la administración estaba en mejor posición de conocer.

En resumen, la prohibición o limitación a la capacidad Estatal de someterse a Arbitraje no es *per se* contraria al Orden Público Transnacional; lo que es contrario al Orden Público Transnacional es la actuación fraudulenta por parte de la Administración de celebrar un convenio arbitral y luego cuestionar su validez en razón de su carencia de arbitrabilidad subjetiva.⁶⁴

⁶⁴ Ver: Derains Yves: *Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale*, Kluwer Law International, Paris, 1993. p. 85.

Así las cosas, en virtud de estos postulados, consideramos que el criterio establecido por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de justicia en su decisión de 18 de noviembre de 2003 (caso: *Aucoven*) contraviene la noción de buena fe en los contratos comerciales internacionales y, por ende, el Orden Público Transnacional. En efecto, la Sala Politicoadministrativa dictaminó que:

Aun cuando el referido Ministerio de Infraestructura haya dado alguna autorización, ni el texto Fundamental vigente, ni el derogado, ni las leyes ni el contrato le otorgaban la facultad o la competencia para autorizar a la concesionaria a vender ni ceder las acciones de las mismas, a otra sociedad mercantil de capital extranjero, a fin de sustraer del conocimiento de los tribunales venezolanos de las acciones que pudieran ocasionarse con motivo de la ejecución de contrato de concesión; ya que conforme a lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica sobre Concesiones de Obras Públicas Nacionales (G.O N° 4.719 Extr. del 26-04-94), dicha autorización debía ser acordada por el Ejecutivo Nacional , y no por el Ministerio de Infraestructura.

De las motivaciones anteriormente expuestas se concluye, que al no haberse cumplido los requerimientos legales en el presente caso, la cláusula número 64 invocada por la demandada para sustraer del conocimiento de los tribunales venezolanos de las acciones que se intentaren con motivo de la ejecución del contrato de concesión, en virtud la alegada existencia de un arbitraje internacional, carece de eficacia en cuanto a que pueda sustraerse del conocimiento del Poder Judicial venezolano.

Posturas como estas lejos de representar vivo ejemplos de la soberanía Judicial venezolana, acarrearán el aislamiento jurídico y económico del Ordenamiento Jurídico Venezolano. Esto, a su vez, se ve reflejado en mayor inseguridad jurídica y menor inversión comercial extranjera en el país. En consecuencia, los que piensan que de la violación de un principio de Orden Público Transnacional se puede salir victorioso, ya que dicha violación no conlleva ninguna sanción jurídica, olvidan el mecanismo de constreñimiento por excelencia utilizado por la comunidad comercial internacional: el boicot. Los tribunales venezolanos podrán seguir dictando sentencias que violan al Orden Público Transnacional hasta que, sencillamente, no haya inversión extranjera en el país.

CONCLUSIONES

1.- Los Contratos Comerciales Internacionales poseen características propias que los diferencian de los contratos internos. Dentro de la primera de estas categorías de contratos se encuentran los Contratos Comerciales Internacionales de interés público. A través de ellos, la Administración –en cualquiera de sus formas– actúa como un operador con influencia en el Comercio Internacional.

2.- Por su naturaleza misma, los Contratos Comerciales Internacionales de interés público se encuentran dentro de la excepción a la jurisdicción exclusiva de los tribunales venezolanos (artículo 151 de la Constitución)

3.- Los Contratos Comerciales Internacionales de interés público se rigen por una dualidad de sistemas jurídicos, a saber: uno de Derecho Interno (compuesto tanto por normas de Derecho Privado como de Derecho Público) y otro de Derecho Transnacional. Las partes de dichos contratos pueden elegir cualquier Derecho como *lex contractus*. Sin embargo, se deben aplicar las normas de Derecho imperativas de interno de siempre que ello no signifique la violación de un principio de Orden Público Transnacional. En este sentido, los ordenamientos jurídicos deben flexibilizar sus normas imperativas en aquellos casos en que estas puedan traer como consecuencia dicha violación. Por su parte, los tribunales arbitrales deben, en aras de hacer ejecutable sus laudos en todos los ordenamientos jurídicos relacionados sustancialmente con los mismos, aplicar las normas imperativas de Derecho Interno (siempre que ello no signifique la violación del Orden Público Transnacional).

La Convención Interamericana de Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales: Una mirada desde el derecho internacional privado argentino

Sara Lidia FELDSTEIN DE CÁRDENAS¹

SUMARIO:

Introducción

- 1. La codificación en América. Importante contribución. Etapas.**
- 2. La Conferencia de Derecho Internacional Privado (CIDIP).**
- 3. La Convención Interamericana de Derecho aplicable a los Contratos Internacionales (CIDACI) de México de 1994.**

¹ **Universidad de Buenos Aires**, Doctora en Derecho. *Facultad de Derecho*, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Contratos Internacionales en los Espacios Integrados, Arbitraje Interno e Internacional y Crisis de las empresas en los Espacios Integrados. *Instituto de Derecho Internacional Privado de CASI*, Directora. *Departamento de Postgrado, Programa de Actualización en Negocios Internacionales y Derecho Comercial Contemporáneo*, Directora. *Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Doctor Ambrosio L. Gioja*, Investigadora. **Ministerio de Educación de la Nación**, Categoría uno (1) por concurso. **Proyecto de Investigación Bienal UBACYT de 019 con nivel internacional**, subsidiado por la Universidad de Buenos Aires, Directora.
Este trabajo sintetiza las conferencias dictadas en la Maestría de Relaciones Internacionales organizadas por la Universidad Complutense de Madrid, España, durante el año 2004.

4. **Análisis de sus principales soluciones de la CIDACI. Estructura.**
5. **Ámbito de aplicación.**
6. **Calificación autárquica de contrato internacional.**
7. **Determinación del derecho aplicable.**
8. **Existencia y validez del contrato.**
9. **Ámbito del Derecho Aplicable.**
10. **CIDACI y Convenio de Roma. Algunas. Análisis comparativo.**
11. **Panorama del Sistema de Derecho Internacional Privado argentino.**
12. **La polémica prestación más característica en el derecho argentino.**
13. **La legislación, doctrina y jurisprudencia argentinas.**
14. **Sistema de derecho internacional privado argentino. Fuente interna y fuente convencional.**
15. **Proyectos de reforma.**
16. **Perspectiva de ratificación por la República Argentina de la CIDIP y algunas reflexiones finales.**

INTRODUCCIÓN

En este trabajo en torno de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales (en adelante la CIDACI) trataré de dar respuesta a un interrogante sobre las perspectivas de y desde el Derecho Internacional Privado Argentino. Para lograr el objetivo marcado, y encaminándonos hacia el tema central, se hace ineludible destacar la importante contribución del continente americano al desarrollo del derecho internacional, cuyos aportes han incidido indudablemente hasta en el nivel universal. Resulta insoslayable resaltar la obra que en este aspecto ha desplegado la Organización de Estados Americanos (en adelante la OEA), organización jurídico-política responsable del desarrollo progresivo de la codificación interamericana.

La codificación resulta del compromiso formal asumido en el artículo 2 d) de la Carta constitutiva de Bogotá cuando dispone que los Estados Miembros deberán “procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos”. Precisamente, la Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional Privado –en adelante la CIDIP– es como un órgano de la Carta de la OEA, la que debe cumplir aquel mandato de solucionar los problemas jurídicos que se susciten entre los Estados Parte.

Para poder dimensionar la obra se hace necesario señalar que miembros de la OEA pertenecen a dos familias jurídicas; por un lado, la del *common law*, y por el otro, los países pertenecientes a la familia jurídica del derecho romano, de derecho civil, la latinoamericana, iberoamericana.

1. LA CODIFICACIÓN EN AMÉRICA. IMPORTANTE CONTRIBUCIÓN. ETAPAS

La codificación en el ámbito del Derecho Internacional Privado ha sido una preocupación constante en América, tal como surge de la moción para la “pronta iniciación de los trabajos de codificación de Derecho Internacional Privado” presentada tempranamente en el Congreso de Panamá convocado en 1824 por Simón Bolívar y celebrado en 1826.

Dos etapas de características distintas se han marcado dentro de la codificación americana, una primera, en la que los países emprendieron un ambicioso proyecto de codificación global del Derecho Internacional Privado.² Dentro de esta etapa ubicamos el Tratado de Lima de 1878, que a pesar de no haber entrado en vigencia marcó un hito fundamental y sirvió de impulso para la celebración en 1888 del Congreso de Montevideo, que mediante el empleo de una técnica distinta, alejada del globalismo, procura facilitar su ratificación y aplicación práctica, codificando no ya el universo del derecho internacional privado, sino por materias.

Dentro de la labor codificadora americana, y dentro del foro de la Unión Panamericana, predecesora de la OEA, cabe mencionar las Conferencias Panamericanas, cuya obra esencial es el Tratado de Derecho Internacional Privado, denominado Código de Bustamante, aprobado en la Sexta Conferencia Panamericana de 1928, que tiene 427 artículos, integrados en un título preliminar y cuatro libros, dedicados al derecho civil, comercial, penal y procesal internacional.

No podemos dejar de mencionar que, en la década del cincuenta, los esfuerzos de la OEA se encaminaron hacia la posibilidad de armonizar las disposiciones del Código Bustamante, los Tratados de Montevideo y el *Restatement of the Law of Conflict of Laws* de los Estados Unidos. En este aspecto, cabe señalar que como resultado se elaboró por J. Caicedo Castilla, jurista colombiano, un Proyecto de Código el cual no tuvo ninguna acogida por los gobiernos americanos.

En este momento se plantea la necesidad de abandonar la técnica de la codificación global, por una técnica sectorial y progresiva, y se concentran los esfuerzos en el estudio de las materias concretas consideradas más importantes para los Estados miembros de la OEA. Allí comienza a desarrollarse la obra codificadora continental americana.

² Un desarrollo de este tema puede verse en *Lecciones de Derecho Internacional Privado. Parte General*. Biocca, Cárdenas, Basz. Editorial Universidad. Buenos Aires. Argentina. 2003.

2. LA CONFERENCIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (CIDIP)

Las CIDIP, que vienen celebrándose periódicamente desde 1975, tienen la honra de ostentar en su cúspide una convención hasta ahora única en el mundo, sobre normas generales de Derecho Internacional Privado (1979). Con ella se consolida, además de la autonomía científica de la disciplina, el sistema interamericano de derecho internacional privado.

Desde el punto de vista del contenido temático, esta obra codificadora se centra en el derecho comercial internacional, el derecho procesal civil y en el derecho civil internacional en el ámbito de las personas físicas, en general y especialmente las relacionadas con la niñez y la adolescencia. Muestra acabada de ello son las convenciones aprobadas sobre letras de cambio (1975), cheque (1975-79) y arbitraje comercial internacional (1975), sociedades mercantiles (1979), contrato de transporte internacional de mercaderías por carretera (1989) y derecho aplicable a los contratos internacionales (1994). Asimismo, dentro de las convenciones procesales, cabe señalar las que fueron aprobadas sobre exhortos o cartas rogatorias (1975) y su protocolo (1979); recepción de pruebas en el extranjero (1975), y su protocolo (1984); régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero (1975); eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (1979); cumplimiento de medidas cautelares (1979); prueba e información acerca del derecho extranjero (1979) y competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras (1984), y las convenciones regulan el domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado (1979); personalidad y capacidad de las personas jurídicas (1984); adopción de menores (1984); obligaciones alimentarias (1989); restitución internacional de menores (1989) y tráfico internacional de menores (1994).

Con respecto al método empleado, cabe señalar que es sectorial, progresivo y desarrolla la materia mediante el empleo tanto de las denominadas normas de derecho internacional privado típicas, vale decir, las normas indirectas, de conflicto, como de las normas de derecho internacional privado denominadas directas, materiales.³ Este recurso, el del uso de ambas clases de normas según la materia abordada, que lo califico como el más apropiado para el logro de una deseable armonización legislativa.

³ Puede verse el capítulo dedicado al tema en obra citada en nota anterior.

Uno de los aspectos que no pueden ser olvidados, tal como se manifestara precedentemente, es que la CIDIP acoge dentro de su seno a los derechos estatales provenientes de las dos familias jurídicas del derecho civil y el del *common law*. En este sentido, cabe señalar que resulta notable el cambio que se ha producido en la actitud de los Estados Unidos como de Canadá, que habiendo permanecido ajenos a la obra codificadora, alegando razones constitucionales, han comenzado a no solamente a participar sino a orientar las decisiones en los debates. Tanto ello es así, que sus representantes han logrado insertar propuestas amplias, flexibles, propias de los sistemas jurídicos a los que pertenecen. Indudablemente, este achicamiento, acortamiento de las distancias, es un elemento de fundamental relevancia y delicadeza que merece ser tomado seriamente en consideración, si tal como creemos lo que se pretende es afianzar, consolidar la obra codificadora americana.

En idéntica orientación se ubica la Declaración de Profesores Sudamericanos de Derecho Internacional Privado acerca del futuro del proceso de la CIDIP, realizada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, el 18 de diciembre de 2003.⁴

⁴ DECLARAMOS, que la codificación internacional del derecho internacional privado a escala regional continúa siendo necesaria en términos jurídicos y políticos; que América, continente pionero de los esfuerzos internacionales para armonizar y unificar el derecho internacional privado, tiene el deber histórico de mantener esa tradición, cultivando un constructivo diálogo con los demás foros codificadores del mundo; que la OEA sigue siendo el foro adecuado para seguir desarrollando el proceso de codificación del derecho internacional privado en las Américas; que, en este sentido, sería ideal una cierta permanencia y especialización de los trabajos de derecho internacional privado dentro del seno de la organización regional; que para que ese trabajo siga teniendo la influencia positiva que ha tenido hasta ahora sobre los ordenamientos estatales y subregionales de nuestro continente, es fundamental actualizar sus contenidos y su metodología de modo de que sean adecuados a las circunstancias y las necesidades de hoy; que para ello es importante que la agenda temática de la codificación refleje equilibradamente los intereses de los diferentes Estados y esquemas de integración americanos; que, así como existen temas de gran importancia en el ámbito comercial, vinculados con los acuerdos comerciales de distinto alcance que los países americanos están desarrollando, el aumento exponencial de las relaciones jurídicas internacionales de derecho privado en el hemisferio renueva también la exigencia de abordar el tratamiento normativo de temas más vinculados con materias de índole civil y procesal; que, entre las materias civiles, existen varios aspectos de la protección de incapaces, del régimen económico del matrimonio y de la responsabilidad extracontractual – entre otros –, que aparecen *prima facie* como susceptibles de reglamentación interamericana; que, dentro del orden procesal, el problema de la jurisdicción internacional en materia de derecho internacional privado y la revisión de la reglamentación en materia de eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales, deben ocupar un lugar prioritario en la agenda regional; que, en el marco de la regulación referente a la contratación internacional, debería prestarse especial atención a los aspectos de derecho internacional privado de los contratos celebrados por trabajadores y por consumidores, que cualesquiera sean las materias abordadas por la instancia regional, las soluciones que se elaboren deben

3. LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO APLICABLE A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES (CIDACI) DE MÉXICO DE 1994

Durante la celebración de la CIDIP IV de Montevideo en 1989, si bien la delegación de México sometió a la consideración un Proyecto del Lic. Leonel Pereznieta, que tenía el apoyo de la delegación uruguaya, solamente se logró adoptar las bases propuestas por la Conferencia para el estudio futuro del tema. Precisamente, se le encomendó al jurista mexicano José Luis Siquieros que preparara una convención, cuyo Proyecto fue discutido y revisado en la reunión de expertos que tuvo lugar en Tucson, Arizona, en noviembre de 1993 dirigido por el Profesor Boris Kozolchyk. Precisamente, este Proyecto sirvió de base para la discusión de la CIDIP V que tuvo lugar en el Ministerio de Relaciones Exteriores en la Plaza de las Tres Culturas, donde fue finalmente aprobada en sesión plenaria el 18 de marzo de 1994.

La CIDIP V fue dirigida por el Licenciado José Luis Siquieros, quien fuera elegido por aclamación por las delegaciones de los Estados Miembros, en su Agenda incluía convenciones sobre tráfico de menores y sobre derecho aplicable a los contratos internacionales. Se abrieron para su discusión dos comisiones a cuyo frente estuvieron, los Profesores Gonzalo Parra Aranguren, de Venezuela, y Didier Opperti Badán, de Uruguay.

En la Conferencia de México, estuvieron presentes 19 países, entre los que se encuentran las representaciones de los Estados Unidos y de Canadá, lo cual corrobora la participación activa de las dos familias jurídicas americanas tanto del derecho civil como del *common law*.

estar guiadas por criterios de razonabilidad y justicia, cuidar de las relaciones con los textos convencionales ya existentes y, sobre todo, ser aptas para resolver los problemas que se producen en la actualidad en nuestros países, que resulta de vital importancia que nuestros gobiernos se ocupen de conformar grupos de trabajo, nacionales y plurinacionales, encargados de optimizar los esfuerzos en vistas a las próximas etapas de la CIDIP, que para ello sería muy útil que, además de los canales de cooperación entre las autoridades, se empleen otros cauces de colaboración como los que existen en ámbitos académicos, los cuales deben participar activamente del proceso de codificación; que todos los abajo firmantes se comprometen a, en la medida de las posibilidades de cada uno, persuadir a las autoridades de sus respectivos países de la importancia de la labor de la CIDIP y de la enorme trascendencia de que los Estados latinoamericanos vuelvan a desempeñar un papel activo y determinante en el foro interamericano, y que, asimismo, los abajo firmantes se comprometen a darle la mayor difusión a este documento en ámbitos académicos, jurídicos, políticos y, en especial, entre las autoridades vinculadas con la codificación del derecho a nivel estatal, subregional e interamericana. Y firman la presente, siguen las firmas.

4. ANÁLISIS DE SUS PRINCIPALES SOLUCIONES DE LA CIDACI. ESTRUCTURA

La Convención se encuentra precedida de un breve Preámbulo en el cual se reafirma la voluntad de continuar con la labor codificadora del Derecho Internacional Privado. Contiene un total de treinta artículos estructurados en seis capítulos, referidos a:

Capítulo I: Ámbito de aplicación (artículos 1 a 6).

Capítulo II: Determinación del derecho aplicable (artículos 7 a 11).

Capítulo III: Existencia y validez del contrato (artículos 12 y 13).

Capítulo IV: Ámbito del derecho aplicable (artículos 14 a 18).

Capítulo V: Disposiciones generales (artículos 19 a 23).

Capítulo VI: Cláusulas finales (artículos 25 a 30).

5. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Siguiendo el itinerario marcado por la propia estructura de la Convención, comenzaremos señalando que el objeto de la Convención tal como surge del artículo 1, consiste en determinar el derecho aplicable a los contratos internacionales (civiles y comerciales), entre sujetos privados individuales o colectivos (personas jurídicas, sociedades o empresas). Vale decir, abarca los contratos en los que sean parte Estados, entidades u organismos estatales, a menos que las Partes excluyan expresamente en el contrato, todas o alguna de estas categorías. Igualmente, cualquier Estado Parte podrá señalar, al momento de firmar, ratificar o adherir a la Convención, a qué clase de contratos aquélla no se aplicará.

a) ¿Cuándo un contrato es internacional según la CIDACI?

Para este instrumento jurídico, un contrato es internacional cuando las partes tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Parte diferentes o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte (artículo 1). De esta disposición surge claramente, la adopción del criterio objetivo de internacionalidad; la internacionalidad del contrato lo cual conlleva a que el contrato se encuentre dentro del ámbito de la Convención, es ajeno a la voluntad de las partes.

En este sentido, la necesidad de existencia de elementos objetivos, y el consecuente abandono del criterio subjetivo para calificar de internacional el contrato, aparece tanto en el Proyecto Siqueiros (artículo 1.2.) y en el Proyecto Tucson (artículo 1.1.). Indudablemente sobre todo la primera parte de la disposición resulta clara la impronta de las Convenciones de Viena de 1980 y de La Haya de 1986, que califican de internacional el contrato de compraventa de mercaderías cuando los establecimientos de las partes o en su defecto su residencia habitual, cuando una de las partes no tiene establecimiento (Viena artículo 10 b y La Haya artículo 14.2), se encuentren en Estados diferentes.

– **Primera vertiente:** En esta hipótesis para que el contrato sea internacionalidad la residencia habitual o el establecimiento de las partes deben encontrarse situados en Estados Parte distintos. No nos parece que este párrafo merezca muchos comentarios, salvo el que permita plantear válidamente si la residencia habitual en la CI-DIP opera como un punto de conexión subsidiario, como en los convenios recién mencionados o alternativo. Me inclino decididamente por la primera posición, dado que la Convención se ocupa de los contratos civiles y comerciales, razón por la cual no tiene, como los otros convenios, tanta entidad, sino pareja, los establecimientos comerciales de las partes.

– **Segunda vertiente:** A su turno, en una segunda vertiente el contrato es internacional según la Convención, aunque los establecimientos de las partes se encuentren dentro de un único Estado, si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte. De modo, que la existencia de contactos con otro Estado bastan, a menos que se basen en el mero ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, para internacionalizar el contrato. Sirvan como ejemplos de contactos objetivos, entre otros, el lugar de celebración o de ejecución del contrato o bien, el lugar del pago. Los contactos objetivos resultan aptos para determinar, para calificar la internacionalidad del contrato que habrá de caer bajo su ámbito, pero de ninguna manera significa que esos contactos sirvan para la determinación de la ley aplicable. Dicho en otras palabras, el instrumento jurídico internacional le otorga un rol preponderante al juez o al árbitro en manos de quienes recaerá la responsabilidad de determinar aquellos contactos objetivos que internacionalizarán al contrato, a fin de que le sea aplicable la Convención. En relación a esta hipótesis, cabe preguntarse por qué la Convención reservó un tratamiento específico para la residencia habitual y el establecimiento de los contratan-

tes cuando podía haberles dado un tratamiento genérico dentro de los vínculos objetivos. Quizás pueda razonarse que el legislador no forzar, no acotar futuras interpretaciones.

6. CALIFICACIONAUTÁRQUICADECONTRATOINTERNACIONAL

De esta manera, aparece desde el texto de la Convención, una calificación autárquica de contrato internacional, que puede ser desdoblado en dos:

Por un lado un criterio estricto, que está dado por la primera parte del inciso 2 del artículo 1 que establece “que se entenderá por contrato internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados diferentes”. Sin embargo, la CIDACI no define qué se entiende por ellos, razón por la cual la calificación se traslada a cada Estado, lo cual no deja de ser perturbador. En este sentido no puede soslayarse que la propia obra codificadora de la CIDIP le ha dedicado a este tema una específica convención, la que seguramente servirá de guía al intérprete. Obviamente que la residencia habitual puede ser entendida como el elemento objetivo del domicilio, noción que fue incorporada por entender que la convención abarca los contratos civiles donde las partes no tienen establecimientos sino residencia habitual. Ahora bien, como comentario cabe señalar que respecto de los establecimientos, sean principales o secundarios, cualquiera de ellos podrá contribuir para otorgarle carácter internacional al contrato.

Desde otro punto de vista, con un criterio amplio, la internacionalidad del contrato estará dada cuando el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte. Cabe señalar que en tanto según el primer criterio, la determinación de la internacionalidad es realizada por el legislador, en este último caso la efectúa el intérprete, sea el juez o el árbitro. Ciertamente, puede pensarse que por un lado, esta solución disminuirá la certeza, pudiendo dar lugar a soluciones divergentes según el tribunal al que se acuda o por el contrario, ello puede permitir a los tribunales sean estatales o arbitrales, ajustarse a las características concretas de relación contractual.⁵

¿En qué momento debe manifestarse dicha internacionalidad?

Nada dice la CIDIP. Si bien la convención no precisa el momento en que debe manifestarse dicha internacionalidad, puede entenderse que hay dos premisas

⁵ Santos Belando, Rubén B. *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, Fundación de Cultura Universitaria, Facultad de Derecho Universidad de la República. Primera Edición.

a respetar para hacer aplicable el régimen de la convención, el contrato debe ser internacional y su internacionalidad debe existir al momento de su celebración. La internacionalidad de un contrato debe ser anterior a la *electio iuris*, de modo tal que el contrato debe ser objetivamente internacional antes de la elección y no a la inversa.⁶ Dicho en otras palabras, precisamente porque el contrato es objetivamente internacional al momento de su nacimiento, cae bajo el ámbito de la Convención.

¿Qué personas pueden celebrar los contratos internacionales que caen bajo su ámbito?

La Convención se aplica aunque en los contratos sean parte los Estados o sus desmembraciones, pero las partes en el contrato pueden excluir expresamente la Convención (artículo 1.3). Cabe señalar, en este sentido que en el Proyecto Tucson se excluía expresamente los contratos en que intervinieran Estados. Cabe señalar que los Estados parte pueden declarar que la Convención no se aplicará a los contratos en que el Estado u organismos estatales sean parte, o a alguna categoría de esos contratos (artículo 1.3). Resulta una buena solución el establecer el principio de la aplicación de la Convención a las personas públicas, permitiendo a los Estados declarar excluidos esta categoría de contratos. Por lo tanto, salvo su expresa exclusión, la Convención se aplica tanto a las personas de derecho privado como a las personas de derecho público.

¿Qué pasa con aquellas transacciones que se celebran a través de nuevas modalidades?

El artículo 3 incluye dentro del ámbito de la CIDACI, mencionándolas expresamente a las nuevas modalidades de contratación. Se trata de una propuesta de la delegación estadounidense, a fin de permitir la incorporación de aquellas transacciones que se realizan a través del intercambio electrónico de datos o mediante ordenadores, entre otras. De esta forma demuestra la aspiración de abarcar todos los tipos de relaciones contractuales, inclusive aquellas que surjan en el futuro. Esta es una buena solución que no nos merece reparos.

⁶ Feldstein de Cárdenas, Sara L. *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Capítulo Régimen de los Contratos Internacionales. Editorial Universidad. Buenos Aires. Primera Edición.

¿Pueden ser excluidas categorías de contratos?

También la Convención prevé la posibilidad por parte de los Estados de excluir una categoría de contratos (artículo 1.4). De modo que ciertas categorías de contratos pueden ser excluidos de su ámbito de aplicación.

¿Carácter universal o no la Convención?

Una lectura apresurada del artículo 2 puede llevar al engaño de pensar que la Convención tiene carácter universal. Si bien es cierto que disposiciones similares se encuentran en los Convenios de Roma (artículo 2) y de La Haya (artículo 6), no lo es menos que en la CIDIP nunca se incorporó una norma de este tipo. La entrada en vigor de un convenio con carácter universal implica la derogación de la regulación de fuente interna o convencional, existente en la materia.

Dicho en otros términos, el artículo 2 debe ser leído conjuntamente con el artículo 1.2 de la Convención, en virtud de lo cual debe interpretarse que cuando se exige que los establecimientos de las partes se encuentren en Estados Partes diferentes o que el contrato tenga contactos objetivos con más de un Estado Parte, no sólo se está calificando la internacionalidad del contrato sino se está fijando el ámbito espacial de aplicación. Para que resulte aplicable la CIDACI es preciso que los establecimientos de las partes se encuentren ubicados en Estados ratificantes o que por el contrario, el contrato tenga contactos objetivos con dos o más Estados ratificantes. Según la correcta interpretación, la Convención se aplica aunque la ley elegida o al derecho al que se arriba a través de los vínculos más estrechos, sea el derecho de un Estado que no haya ratificado ni adherido a la Convención. Supongamos que las partes con establecimientos en estados diferentes situados en Estados ratificantes o adherentes, eligen que su contrato se rija por el derecho español. En esta hipótesis se aplica el derecho español porque las partes lo han elegido, porque así lo autoriza el artículo 7 de la CIDACI, nada más.

¿Qué materias están excluidas de su ámbito?

Siguiendo una técnica similar a la empleada por instrumentos jurídicos que le han servido de fuente normativa, la Convención no se aplicará a las siguientes materias:

- a) cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las Partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las Partes;

- b) obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquéllas derivadas de relaciones de familia;
- c) obligaciones provenientes de títulos de crédito;
- d) comercialización de títulos en los mercados de valores;
- e) acuerdos sobre arbitraje o sobre elección del foro; y
- f) cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general (artículo 5°).

¿Qué pasa con los contratos que tienen una regulación autónoma?

¿Compatibilidad de convenciones?

No se aplicará la Convención a los contratos que tengan una regulación autónoma en el derecho convencional internacional que vincule a los Estados Parte. Es una solución práctica, útil, destinada a resolver el conflicto de convenciones, dado que si existen diversos contratos específicos con regulación especial, esta regla tiene suficiente virtualidad como para evitar, previniéndolos, los perturbadores conflictos derivados de la coexistencia de más de un instrumento vigente para las mismas Partes, en un mismo ámbito material.

7. DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

El derecho aplicable al contrato internacional será aquel que las partes han preseleccionado para regularlo o bien, en subsidio, el derecho del Estado con el que el contrato tenga vínculos más estrechos. Detengámonos por unos instantes aquí.

¿Admite la libertad de elección del derecho?

El artículo 7° dispone que “el contrato se rige por el derecho elegido por las Partes”, de modo que aquí surge la facultad para las partes de elegir el derecho aplicable al contrato internacional.

Se trata de una solución sustancialmente novedosa en relación a los instrumentos jurídicos internacionales en vigor, que recoge una línea evolutiva de

aceptación dominante, consolidada en materia contractual por el derecho positivo y la práctica jurisprudencial comparada.⁷

La facultad de las partes de preseleccionar la ley que se aplicará a su relación contractual, con las características que surgen del texto, pone de manifiesto la adopción de una solución concordante con la tendencia contemporánea en esta materia. Mas la voluntad de las partes no llega hasta el punto de determinar la calificación de internacionalidad de un contrato, la que se infiere a partir de elementos objetivos.

Diremos que esta posibilidad abierta a las partes de los contratos internacionales, al consagrar la autonomía conflictual marca un hito fundamental en el ámbito interamericano. En este aspecto, cabe señalar que a partir de la década de los ochenta, en los derechos estaduales se viene consolidando el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, como criterio rector en materia de regulación de los contratos internacionales. En la actualidad resulta impensable la adopción de una solución distinta.

¿Exige un contacto razonable?

Según la Convención no es necesario que exista un contacto razonable entre el contrato y el derecho elegido. En esto coincidieron tanto el Proyecto Siqueiros como el de Tucson, artículos 5 y 6, respectivamente. De modo, que a diferencia de otros textos normativos, en la CIDACI no se exige un contacto razonable entre el derecho elegido y el contrato internacional. Se trata de una disposición sustancialmente similar a la adoptada en el artículo 3.1 del Convenio de Roma (CR).

¿Es este reconocimiento de la autonomía de la voluntad la innovación más importante proporcionada por la Convención de México?

Didier Opperti Badán hablando de su propio derecho sostuvo que sin entrar a discutir la consagración de este principio –a esta altura de aceptación generalizada– las primeras reacciones son en el sentido de un necesario e inaplazable reajuste del sistema de derecho internacional privado uruguayo.

También coincide en este aspecto, otro prestigioso autor uruguayo como Eduardo Telechea Bergman, quien sostuvo con su acostumbrada claridad que

⁷ Feldstein de Cárdenas, Sara L. *Contratos Internacionales. La autonomía de la voluntad de la voluntad*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1995. También edición electrónica en la página de Lexisnexis Argentina. 2001.

“en tanto la autonomía amplia contractual opere en relación a casos jusprivatistas internacionales, reconozca como límite el orden público internacional del foro actuante, no resulte de una abusiva imposición inclusive económica de una parte sobre la otra y exista una vinculación internacional razonable entre la ley elegida y el caso reglado, la conexión resulta axiológicamente válida, en cuanto es respetuosa de las partes”. Si, tal como precedentemente lo manifestamos, se está ante la innovación más relevante del texto bajo examen.⁸ Pensamos en este sentido, que si bien es cierto que en 1989 el contexto internacional no se encontraba predispuesto para la admisión del principio, lo cual solamente permitió establecer unas bases mínimas para una futura armonización en la materia, no lo es menos la solución del artículo 7 de la CIDACI no podía ser distinta dada la madurez alcanzada en 1994 por los derechos estaduales americanos.

¿De qué maneras puede manifestarse la voluntad de las partes en la elección del derecho?

Tal como surge del artículo 7 primer párrafo, el derecho aplicable puede ser elegido de manera expresa o tácita. Sin embargo, se exige que la voluntad tácita se manifieste en forma evidente.

Aquí cabe señalar que en los proyectos Siqueiros y Tucson (artículos 5. 1 y 8. 1), respectivamente, se requería que el acuerdo se desprendiera de forma inequívoca.

Así pues, las partes del contrato pueden elegir el derecho aplicable, bien de modo expreso o tácito. Habrá elección tácita, cuando el derecho se desprenda en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales.

En la Conferencia, tal exigencia resulta atenuada, dado que se modificó el vocablo “inequívoca” por “evidente”. Sin embargo, la Convención requiere que la existencia de acuerdo debe derivar de las cláusulas contractuales, como de las conductas de las partes, consideradas en su conjunto. No alcanza, no basta que se presente un solo elemento para demostrar la elección de ley aplicable, sino que ello habrá de inferirse de la interpretación global de las cláusulas contractuales y la conducta de las partes. Acumulativamente.

⁸ Doctrina tomada de la obra citada en nota 4.

¿La elección de foro debe ser interpretada como una elección tácita del derecho aplicable?

No, para nada. La misma CIDACI deja en claro que la selección de un foro (jurisdicción) no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable. En efecto, la mención resulta a todas luces esclarecedora, toda vez que existe la práctica de algunos Estados según la cual ambas cuestiones –ley aplicable y jurisdicción– parecen superponerse, a pesar de que se afirme que la regulación de uno y otro tema deben guardar independencia, autonomía. Precisamente, durante la Conferencia EE.UU., Canadá y Uruguay, propusieron se incorporara la palabra “necesariamente” para indicar que por sí sola la elección de jurisdicción no resulta suficiente como para entender que ha habido acuerdo sobre la ley aplicable.

Dicho en otras palabras, el pacto de jurisdicción es un elemento más a tomar en consideración para arribar a la determinación tácita de elección de derecho aplicable. Pero nunca el único.

La CIDACI rechaza la tendencia doctrinaria como jurisprudencial de los países del *common law* y defendida vehementemente en Argentina por Antonio Boggiano desde que se expidiera como juez de primera instancia en los autos “Pablo Treviso SA y otros c/Banco Argentino de Comercio”, del 31 de agosto de 1976. Por mi parte, comparto la solución dada por la Convención.

¿Cuál es el alcance de la expresión derecho?

El artículo 1 consigna que esta Convención determina el derecho aplicable a los contratos internacionales. Este no es una tema menor. Todo lo contrario. La expresión derecho en lugar de ley puede dar a pensar que mediante la regla consagrada en el artículo 1 se puede elegir un determinado ordenamiento jurídico en el que se comprendan las normas de derecho internacional privado, en lugar de elegir derecho sustantivo. La Convención aclara el punto excluyendo al reenvío en el artículo 17: “Para los efectos de esta Convención se entenderá por derecho el vigente en un Estado con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”. Mas cabe resaltar que según vemos la cuestión, esta disposición no hace más que plasmar lo que en la doctrina resulta un pensamiento unánime.

En efecto, cuando las partes se deciden por elegir la ley aplicable a las transacciones internacionales, lo hacen porque entienden que esta preselección les brindará certeza, seguridad jurídica. Sabrán a qué atenerse desde el mismo instante de la celebración del contrato internacional. Si por el contrario,

se entendiera por derecho no solamente el derecho sustancial del Estado cuya ley se ha elegido, sino sus normas de conflicto, la certidumbre podría verse comprometida. Ello por cuanto lo que las partes buscan, aspiran, desean fervientemente son respuestas concretas a los problemas que se plantean en el ámbito de los contratos internacionales, y no verse enviados por el juego propio de la norma de conflicto a derechos que pueden sino no acomodarse, sino hasta contrariar sus legítimas necesidades.

Según Leonel Pereznieto Castro la *lex mercatoria* puede ser entendida como el conjunto de los usos, costumbres, prácticas y principios generados por el comercio internacional, que constituyen una normatividad producida de una manera descentralizada por grupos u órganos internacionales no necesariamente gubernamentales y que han sido adoptados por los operadores del comercio internacional.

¿Existe un derecho objetivo no estatal más o menos acabado en su formación? ¿Abarca o no a la *lex mercatoria*? ¿Caso afirmativo, con qué alcance?

Según Leonel Pereznieto Castro la *lex mercatoria* puede ser entendida como el conjunto de los usos, costumbres, prácticas y principios generados por el comercio internacional, que constituyen una normatividad producida de una manera descentralizada por grupos u órganos internacionales no necesariamente gubernamentales y que han sido adoptados por los operadores del comercio internacional.⁹

Cabe señalar, que la CR en el artículo 3.1 se refiere a la ley elegida por las partes y en el artículo 4.1 a la ley del país con el cual el contrato tuviere los lazos más estrechos, lo cual permite descartar la tesis de la posible preselección de la *lex mercatoria* en cuanto ley reguladora del contrato. En el espíritu de la CR dicha elección carecería de relevancia jurídica.

Sin embargo, una de las modificaciones que se propicia de la CR –bajo la forma de Reglamento– es la de incluir a la *lex mercatoria* expresamente. Pensamos que el contexto internacional de Roma de 1980 no era el mismo del de México de 1994, por lo que resulta comprensible que la CIDIP V no solamente sea más explícita que la CR, sino que se muestra más complaciente, más tolerante con aquélla.

⁹ Sobre este tema puede verse la obra mencionada en la nota 7.

No puedo soslayar resaltar la influencia ejercida en la Reunión de Expertos realizada en Tucson por el Profesor Gonzalo Parra Aranguren, quien estimó conveniente que no se limitara la elección de las partes a la selección de una ley de carácter estatal o nacional. La expresión “ley” la estimaba demasiado limitada debido a que significaba el reconocimiento de una sola de las fuentes posibles del derecho. Por tal motivo, consideró que “era un tema prioritario incluir una disposición que otorgara a las prácticas, a los usos comerciales y a los principios generales de derecho mercantil, un carácter supranacional y prioritario dentro de la jerarquía de las normas para las partes, ya que era imposible que esta Convención, el legislador nacional y la jurisprudencia, avanzaran con la misma rapidez que lo hacen las prácticas y usos comerciales. De este modo insistió en incluir a la *lex mercatoria*, que consideraba una solución innovadora “ya sea como fuente vinculante de orden supranacional o, en último caso, relegando su aplicación a la interpretación de la ley aplicable al contrato”.

Esta línea de pensamiento fue compartida por el delegado Kozolkchyk de los EE.UU., quien dijo que “si lo que se persigue es otorgar mayor certeza jurídica al tráfico comercial internacional deberían incorporarse los usos y prácticas comerciales (*trade uses*) y los principios del derecho comercial internacional (*lex mercatoria*) como fuente principal de las obligaciones de las partes”. Afirmó, enfáticamente que era conveniente excluir la concepción kelseniana de incluir la sanción estatal como elemento intrínseco de la norma y contemplar un sistema de autosanción mediante el cual la parte cumplidora queda automáticamente facultada a compensar el daño que produjo la parte incumplidora sin necesidad de esa intervención. A su turno, el Profesor Friedirch Juenger propuso una mención expresa de los principios para evitar incertidumbres en su determinación, con la advertencia de que este nuevo enfoque hace referencia tanto a los organismos gubernamentales como a los no gubernamentales. De esta manera pueden quedar incluidos no sólo los principios elaborados por UNIDROIT sino la actuación de organismos de naturaleza privada. Quienes conocen mi pensamiento, saben que estoy en desacuerdo con esta tesis.¹⁰

¿En qué ocasiones la CIDACI le da intervención a la *lex mercatoria* en su texto?

Por lo menos según la doctrina, le da intervención en su texto en cuatro ocasiones legislativas, que es más veces que las necesarias. Quienes conocen mi pensamiento, saben que estoy en desacuerdo con tal exceso en el reconocimiento de la *lex mercatoria*.¹¹ Veamos.

¹⁰ Entre la extensa bibliografía, puede verse el capítulo que a ella le dedicara en la obra citada en la nota 6.

¹¹ Entre la extensa bibliografía, puede verse el capítulo que a ella le dedicara en la obra citada en la nota 6.

- En el artículo 3, cuando afirma que “las normas de esta Convención se aplicarán, con las adaptaciones necesarias y posibles, a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional”.
- En el inciso 2 del artículo 9 al englobarla dentro del derecho aplicable “también tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales”.
- En el artículo 10: cuando establece que “además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas y las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso contrato”.
- En el artículo 15, al hacer referencia al mandato y la representación societaria ordena resolver los problemas referidos a los mismos de conformidad con el artículo 10, o sea, de acuerdo con la costumbre, a los usos, las prácticas y los principios del derecho comercial internacional y no de acuerdo con lo dispuesto por los derechos internos.
- Y añadido una quinta ocasión legislativa, que indudablemente sirve de fundamento para los antimercatoristas en apoyo del rechazo de *la lex mercatoria* dentro de la CIDACI. En efecto, tal interpretación encontraría sustento en el artículo 17 cuando establece que: “Para los efectos de esta Convención se entenderá **por derecho el vigente en un Estado** con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes”, está excluyendo a la *lex mercatoria* bajo la convención por no constituir un derecho vigente en un Estado. Sencillo.

¿Admite la convención el depeçage? ¿Fraccionamiento o unidad?

De manera idéntica con el CR (artículo 3.1) la CIDIP permite a las partes a elegir diferentes derechos para regir distintos aspectos del contrato (artículo 7.1). Este es el denominado desmembramiento voluntario, el depeçage voluntario, que es una opción importante a tener en cuenta, cuando se está ante contratos complejos. Esta posibilidad reafirma la amplitud en la aceptación de la autonomía de la voluntad por el instrumento jurídico internacional que estamos analizando.

¿Qué ley resulta aplicable en subsidio o ante la ineficacia de la elegida por las partes?

Tal como lo dispone el CR en el artículo 4.1, la CIDIP en el artículo 9° prevé la hipótesis en las que las Partes no hicieron uso de la facultad de elegir el derecho aplicable, así como las vinculadas a la ineficacia de dicha elección. En tales casos, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual el contrato tenga los *vínculos más estrechos*. La localización del derecho aplicable en el Estado con el cual existen los lazos más estrechos es reconocida tanto por el sistema de derecho romano o europeo continental, de fuente escrita, como por el *common law*, de fuente jurisprudencial. Precisamente, la Convención recoge este principio, identificando aquellos elementos que deberán ser tenidos en cuenta: los objetivos y los subjetivos, así como los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

Dos observaciones, la primera es que se está ante una conexión de las denominadas flexibles, que es empleada por primera vez en una convención interamericana. Ello desde ya es innovador por sí sólo. La consecuencia de la admisión de este criterio es que se desplaza desde el legislador hacia el intérprete, sea un juez o un árbitro, la responsabilidad en la determinación del derecho aplicable al contrato internacional.

La segunda, es que la CIDACI no le da al intérprete ningún criterio, ninguna pauta orientadora para determinar el derecho aplicable. Solamente le indica que el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. De modo, que a diferencia con la CR (artículo 4.2) no se recepciona la prestación más característica ni como criterio orientador para determinar la ley aplicable al contrato, ni como presunción de conexión más estrecha. No podemos dejar de resaltar que en los dos trabajos preparatorios de la CIDACI, tanto en el Proyecto Siqueiros como en Tucson, aparecía la prestación más característica del contrato. Por mi parte, estoy convencida que a pesar de la eliminación de la presunción, los jueces habrán de recurrir a la teoría de la prestación más característica del contrato en la búsqueda del derecho aplicable a los contratos internacionales.

El principio de los lazos más estrechos bajo la denominación de principio de proximidad, como expresa Paul Lagarde guarda grandes ventajas, tiene una aparente objetividad y la posibilidad de ser un universalizable, conduce a una uniformidad de las soluciones y a la eliminación de soluciones claudicantes, procede a un equilibrio entre los intereses de los Estados para regir la situación y se llega

a obtener justicia de la solución de los conflictos de leyes basada en una conexión determinada concretamente para la situación en cuestión. En este aspecto el lector se verá obligado a continuar con la lectura de este trabajo, ya que volveré sobre este tema cuando aborde el derecho aplicable a los contratos internacional en el sistema de derecho internacional privado argentino. Paciencia.

¿Puede modificarse la ley aplicable?

Las Partes tienen la facultad de acordar la sumisión del contrato, total o parcialmente, a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido éste elegido por las Partes o no. La modificación no afectará la validez del contrato original ni los derechos de terceros (artículo 8°). Nos parece adecuada la incorporación de esta disposición que permite a los contratantes la modificación de la ley elegida, o elegirla cuando no lo hubieran hecho antes, siempre que queden al resguardo los terceros y la validez del contrato. Idéntica posibilidad existe dentro de la CR.

¿Qué se entiende por normas internacionalmente imperativas?

El artículo 11 consagra la aceptación de las denominadas normas de aplicación inmediata (también llamadas imperativas, de policía, exclusivas, perentorias) o sea aquellas reglas que los Estados dictan sobre ciertas cuestiones de particular interés general, que no pueden dejar de aplicarse en ningún caso. Así, establece que las normas imperativas del foro se aplicarán necesariamente, no obstante lo previsto en las disposiciones precedentemente mencionadas (inciso primero); no así las disposiciones imperativas de países extranjeros, las que serán de aplicación facultativa (inciso segundo).

Esta categoría de reglas, precisamente, dada su especial naturaleza, precisan de una aplicabilidad perentoria, con independencia de cualquier otra previsión, vale decir, en cualquier caso, haya sido o no pactada por las partes. No se recorre el camino de la norma de conflicto a fin de la determinación del derecho aplicable, sino que apriorísticamente se aplican estas normas que obedecen a atendibles políticas legislativas de los Estados.

Dentro de este tipo se encuentran las disposiciones relativas al desarrollo económico, a las inversiones extranjeras, al control de cambios, al comercio exterior, a la protección del consumidor, entre otras.¹²

¹² Sobre este tema puede verse la obra citada en la nota 5 y de la misma autora Colección de *Reforma al Código Civil*. Volumen 18 Derecho Internacional Privado. Editorial Abeledo-Perrot. Argentina. Buenos Aires, 1994.

8. EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL CONTRATO

¿Qué cuestiones se encuentran comprendidas en materia de existencia y validez?

El artículo 13 establece que la ley designada regirá las cuestiones relativas a la existencia y validez sustancial del consentimiento de las partes respecto de la ley aplicable, si la elección fue legalmente válida. Sin embargo, si de conformidad con lo dispuesto en dicha ley la elección no fuere válida o para establecer que una parte no ha consentido debidamente, será el juez quien deberá determinar el derecho aplicable, tomando en consideración la residencia habitual o el establecimiento de la parte objetante. Se trata de una solución sencilla que no merece ningún comentario adicional.

¿Y la validez del contrato en cuanto a la forma?

Un contrato celebrado entre personas que se encuentran en un mismo Estado será válido, en cuanto a la forma, si cumple con los requisitos formales establecidos en el derecho que rige dicho contrato (en cuanto al fondo) según esta Convención o con los fijados en el Estado de celebración (artículo 14).

Siguiendo la solución habitual en la materia, la Convención establece que regirá, para las formas publicitarias, la ley del Estado donde los contratos internacionales deban inscribirse o publicarse.

9. ÁMBITO DEL DERECHO APLICABLE

¿Cuál es el ámbito de regulación del derecho aplicable?

Abarca un abanico de posibilidades, de aspectos. El derecho aplicable al contrato según la Convención regulará principalmente su interpretación, los derechos y obligaciones de las partes, la ejecución de las obligaciones y las consecuencias del incumplimiento del contrato, los diversos modos de extinción de las obligaciones, la prescripción y la caducidad, así como las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato (artículo 14).

¿Cómo juega el orden público?

De modo similar a las anteriores Convenciones concluidas durante las CIDIP, el artículo 18 establece que el derecho designado por esta Convención sólo podrá ser excluido cuando sea manifiestamente contrario al orden público del foro (artículo 18).

Ciertamente se trata de una fórmula laxa, flexible, cuya acabada aplicación dependerá del sano criterio del intérprete. Nos parece atinada esta disposición que se compadece con la naturaleza cambiante, mutable del orden público internacional, que no acepta ser encerrado, cristalizado.

10. CIDACI Y CONVENIO DE ROMA. ALGUNAS. ANÁLISIS COMPARATIVO¹³

Precedentemente se fueron analizando las principales soluciones de la CIDACI, tratando de extraer los principios que la informan. Cuando fue necesario, se señalaron las disposiciones que le sirvieron de fuente normativa, tal el caso del Convenio de Roma. Me parece que un cuadro puede servir para la comprensión de la cuestión abordada.

¹³ Los cuadros que acompañan este trabajo fueron elaborados por Luciana Scotti, integrante de la Cátedra de Derecho Internacional Privado y becaria de la UBA.

Autonomía de la voluntad	Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales México, 1994 (CIDIP V)	Convención de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales
	El Artículo 7 dispone que el contrato se rige por el derecho elegido por las partes. El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o, en caso de ausencia de acuerdo expreso, debe desprenderse en forma evidente de la conducta de las partes y de las cláusulas contractuales, consideradas en su conjunto. La selección de un determinado foro por las partes no entraña necesariamente la elección del derecho aplicable.	El Art. 3 establece que los contratos se regirán por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

	Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales México, 1994 (CIDIP V)	Convención de Roma de 1980 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales
Internacionalidad objetiva	El artículo 1 establece que se entenderá que un contrato es internacional si las partes del mismo tienen su residencia habitual o su establecimiento en Estados Partes diferentes, o si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado Parte.	No contiene normas que califique al contrato como internacional. Sin embargo, el artículo 3 al disponer que la elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, <i>cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país</i>, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo “disposiciones imperativas”, estaría indicando que esta normativa podría aplicarse a un contrato que no tuviera elementos extranjeros, más allá de la ley o el tribunal elegido
Número de leyes	El artículo 7 dispone que elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.	El artículo 3° dispone que las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

Oportunidad o tiempo de elección	El Artículo 8 establece que en cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.	El artículo 3° establece que las partes podrán, en cualquier momento, convenir que se rija el contrato por una ley distinta de la que lo regía con anterioridad bien sea en virtud de una elección anterior según el presente artículo, o bien en virtud de otras disposiciones del presente Convenio. Toda modificación, relativa a la determinación de la ley aplicable, posterior a la celebración del contrato, no obstará a la validez formal del contrato y no afectará a los derechos de terceros.
Ley aplicable en ausencia de elección de las partes	El Artículo 9 dispone que cuando las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.	El Art. 4 establece que en la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presente una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país. Se presumirá que el contrato presenta los vínculos más estrechos con el país en que la parte que deba realizar la prestación característica tenga, en el momento de la ce-

lebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, aso-

	No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro Estado a esta parte del contrato.	lebración del contrato, su residencia habitual o, si se tratare de una sociedad, asociación o persona jurídica, su administración central. No obstante, si el contrato se celebrare en el ejercicio de la actividad profesional de esta parte, este país será aquél en que esté situado su establecimiento principal o si, según el contrato, la prestación tuviera que ser realizada por un establecimiento distinto del establecimiento principal, aquél en que esté situado este otro establecimiento. El Convenio trae otras presunciones para los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización del inmueble, los contratos de transporte de mercancías Estas presunciones quedan excluidas cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país.

Lex mercatoria	El Artículo 10 introduce a la lex mercatoria como criterio interpretativo en estos términos: se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto. Se rechaza la lex mercatoria como derecho aplicable por el artículo 17 según el cual se entiende por derecho el vigente en un Estado.	No contiene normas expresas al respecto. Como la Convención habla de ley aplicable, las partes no podrían elegir un ordenamiento no estatal.

11. PANORAMA DEL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO

El sistema de derecho internacional privado argentino de fuente interna (tal como se desprende del Cuadro N° 2), a pesar de la ausencia de una disposición que expresamente consagre la libertad de elección, obediente a las líneas de pensamiento de la doctrina y de la jurisprudencia argentina se han inclinado por su aceptación.

Por el contrario en la fuente convencional, específicamente dentro del ámbito de aplicación del Tratado de Montevideo, aparece el rechazo expreso del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, lo cual las inhibe de elegir la ley aplicable a los contratos internacionales. Si bien se han hecho interpretaciones morigeradoras de la disposición en cuestión, esta interpretación es la que mejor se compadece con el contexto internacional en el que se desarrollaron los célebres tratados, en el que se priorizaba la idea que permitir la elección del derecho aplicable a los contratos internacionales era sucumbir a los poderosos. No creemos necesario hacer mayores comentarios.

Mas un párrafo aparte merece la delicada cuestión de la prestación más característica en el derecho internacional privado argentino. Detengámonos por unos instantes en torno a este tema.

12. LA POLÉMICA PRESTACIÓN MÁS CARACTERÍSTICA EN EL DERECHO ARGENTINO

Hasta la Primera Guerra Mundial a falta de autonomía de la voluntad de las partes se optaba por una determinada ley que regulase el contrato internacional. Los puntos de conexión preferidos eran en derecho del lugar de celebración del contrato o el derecho del lugar de ejecución del contrato. Sin embargo, ambos criterios ofrecen dificultades; el primero cuando se trata de un contrato entre ausentes; o el segundo, cuando se trata de contratos sinalagmáticos con lugar de cumplimiento indeterminado múltiples. En esta eventualidad, según enseñara la doctrina argentina más autorizada, se recurre a la doctrina de Schnitzer de acuerdo con la cual urge elegir aquel país en el cual se debe llevar a cabo la prestación característica del contrato.¹⁴

¹⁴ Goldschmidt, Werner en *El SOS del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos*, Editorial de Belgrano, Colección Textos, Contratos Internacionales, pp. 59/64, esp. 70/71.

Si bien la mayor parte de la doctrina atribuye al derecho suizo la introducción de la noción de la prestación más característica del contrato, hay quienes sostienen que ella palpitaba en la doctrina uruguaya que la vislumbrara cincuenta años antes. Lo cierto es que, la prestación más característica del contrato, consiste en la noción mediante la cual corresponde individualizar la obligación que diferencia cada contrato de los demás, que distingue un tipo contractual de otro, que lo individualiza. Se trata de atribuir de forma apriorística al contrato una naturaleza según la que una prestación resulta más gravitante, más trascendente que las restantes y con la suficiente entidad como para tipificarlo, para diferenciarlo de otros. Según el informe Giuliano-Lagarde el concepto de prestación característica esencialmente vincula al contrato con el ambiente socioeconómico del cual forma parte; se admite, no obstante, que su identificación en los casos en que las partes asumen obligaciones recíprocas, se relaciona con la prestación no monetaria, es decir, aquella por la cual se debe el pago.¹⁵

Por tal razón, todo contrato debe regirse, según la modalidad por la que se opte, por:

- La ley del lugar de cumplimiento de la prestación más característica del contrato, refiriéndose al lugar donde físicamente se realiza la prestación o bien,
- La ley del domicilio, la residencia habitual, el establecimiento del prestado más característico del contrato.

La prestación más característica encierra la idea que la ley aplicable al contrato internacional es aquella ley más próxima, más cercana sea a la dinámica del negocio, a su estructura interna, entre otras. Una de las cuestiones más delicadas que se plantea al intérprete es la referida a la identificación, a la individualización de la prestación más característica del contrato. En ocasiones, resulta difícil discernir cuál es la prestación que caracteriza el contrato, sea porque ambas son de igual jerarquía o porque son de igual naturaleza. Por cierto, es una labor fácil cuando se trata de los denominados contratos unilaterales, ya que generalmente la prestación coincide con la del único contratante obligado. Desdichadamente, la empresa puede tornarse dificultosa cuando se trata de los contratos sinalagmáticos, donde resulta más complicada la determinación. La irrupción en el campo de los contratos internacionales de la noción de la prestación más característica

¹⁵ M. Giuliano y P. Lagarde. *Rapport on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, Ob. Cit., p. 20.

del contrato se ha constituido en el centro de las más encendidas polémicas entre quienes la defienden y quien la deploran. Por tal motivo, de manera sucinta recordaremos los argumentos esgrimidos por unos y otros.

Los detractores destacan que su reconocimiento supone:

- La consolidación de la posición del contratante más fuerte, sobre todo en los contratos celebrados entre empresas exportadoras de países industrializados y de importadoras de los denominados países no desarrollados o en vías de desarrollo o del tercer mundo;
- El fortalecimiento de la parte más fuerte cuando intervienen en la transacción internacional partes con desigual poder negociador;
- El desconocimiento que en la economía actual la otra prestación, la no-característica como es el pago del precio sirve en muchas ocasiones para determinar el tipo de contrato de que se trata como locación, permuta, compraventa internacional;
- La ignorancia acerca aquellos contratos en que las prestaciones son de igual jerarquía o lo que es más grave carecen de prestación más característica del contrato, tales como los contratos de permuta o *countertrade*, de intercambio de servicios especialmente interbancarios, contratos de cuenta corriente recíproca, de cambio de divisas alternativo, de *joint venture*, entre otros.

Los defensores, fundándose sean en razones económicas o jurídicas, sostienen que:

- Conduce a la aplicación del derecho del Estado en que normalmente opera el prestador más característico, con el que está familiarizado. Este conocimiento de la ley aplicable tiene la virtualidad de reducir los costos de información fomentando la contratación internacional.
- Otorga seguridad en la determinación, en la precisión de la ley del contrato. Sobre todo en aquellos contratos internacionales con elementos muy dispersos, respecto de los cuales resulta muy difícil concretar el país con el que el contrato presenta estrechos lazos.

- Ofrece una solución armónica entre las reglas rígidas tradicionales, abarcativas y las soluciones americanas flexibles pero imprevisibles.¹⁶

13. LA LEGISLACIÓN, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA ARGENTINAS¹⁷

Esta noción es familiar para los operadores jurídicos argentinos. Sin la pretensión de exhaustividad, cabe recordar que en el nivel convencional nuestro país ha ratificado mediante Ley 23.916 el convenio sobre “Ley aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías”, con fecha 22 de diciembre de 1986, no vigente; la Convención sobre Legislación Aplicable a los Contratos de Intermediación y de Representación”, hecha el 14 de marzo de 1978, ratificada por Ley 23.964, en vigor.

Este último texto establece que “la legislación interna elegida por las partes, regirá la relación de la representación entre el representante y el intermediario”, en el artículo 6 dispone que “En la medida en que no haya sido elegida bajo las condiciones previstas en el artículo 5, la legislación aplicable será la legislación interna del Estado en el cual, en el momento de establecerse la relación de representación, tenga el intermediario su establecimiento profesional o en su defecto, su residencia habitual. Sin embargo, será aplicable la legislación interna en la cual el intermediario deba ejercer su actividad principal, si el representado tiene su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual en ese Estado. Cuando el representado o el intermediario tengan varios Establecimientos profesionales, el presente artículo será interpretado como refiriéndose al establecimiento con el cual la relación de la representación está más estrechamente vinculada”. Nos hacemos cargo que los criterios flexibles padecen el riesgo de imprevisibilidad, ya que tienen el inconveniente de subordinar a la ley aplicable a las soluciones judiciales, adquiriendo el juez un rol importante por ser quien precisamente determina la localización. Sin embargo, si bien se abandona la cuestión a la prudencia de los jueces los peligros disminuyen cuando se les marcan directivas.

¹⁶ Ver Santos Belandro, Rubén B. en *El derecho aplicable a los contratos internacionales*. Fundación de Cultura Universitaria. 1996.

¹⁷ Sobre Jurisprudencia de Derecho Internacional Privado en la República Argentina, análisis de los fallos más destacados en la disciplina, puede verse de reciente aparición la obra *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado*, dirigido por Sara Lidia Feldstein de Cárdenas, con la colaboración de los integrantes de la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires. Editorial La Ley. 2004.

En la República Argentina la teoría de la prestación más característica del contrato ha logrado un importante desarrollo sobre todo a partir de la labor tanto en el ámbito doctrinario como jurisprudencial sobre todo a partir de la década de los años setenta.

En los últimos años, destaca la opinión de la doctrina internacionalista argentina más autorizada, que en las III Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado realizadas en Rosario, entre el 18 y el 19 de noviembre de 1994 refiriéndose a la convención interamericana señalara que “la ausencia de presunciones y de pautas orientadoras claras dificulta la determinación del derecho aplicable”.

Desde nuestra perspectiva observamos, en primer lugar, que la tendencia parece moverse hacia la aceptación de los criterios flexibles en materia de determinación de la ley aplicable. En segundo lugar, no ocultamos las vacilaciones que nos provoca la aceptación de la noción de la prestación característica que no termina de convencernos. Sin embargo, puestos en la elección, y esto ya lo hemos manifestado, si el legislador del MERCOSUR eventualmente optara por introducir los mentados criterios flexibles decididamente proponemos que el instrumento respectivo figure como presunción.¹⁸

La jurisprudencia argentina recepta la noción de la prestación más característica en las dos modalidades antes enunciadas. Así:

- En el caso “Estudios Espíndola c/ Bollati, Cristóbal. J.”, de la Cámara de Paz de la Capital Federal, Sala III, en 1970, el juez entendió que a falta de elección de ley aplicable al contrato, debía aplicarse el derecho chileno, pues en ese país se debía ejecutar la prestación más característica del contrato, esto es, la inscripción de marca.
- En “Transportes Mabellini S.A. c/Expofrut S.R.L.”, en la sentencia del Juzgado Nacional en lo Comercial N° 13, Firme, del 29/07/77, se sostuvo en lo pertinente que: “...Cuando las partes en el contrato internacional no han designado lugar de cumplimiento a efectos de la determinación del derecho aplicable (Artículo 1.210) hay que atenerse a la naturaleza de la obligación y al lugar de celebración del contrato si allí se domicilia el deudor al momento de la

¹⁸ Nos hicimos cargo de los criterios flexibles, en especial de la prestación más característica, cuando sostuvimos que no nos parecía tan inconveniente en los espacios integrados. Ver Feldstein de Cárdenas, Sara L. *Derecho Internacional Privado*, Volumen 18 de Reformas al Código Civil, colección dirigida por los doctores Atilio A. Alterini y Roberto López Cabana

celebración. (Artículo 1.212)... El lugar de cumplimiento del contrato internacional cuando las partes no lo han designado se define como el domicilio del deudor de la prestación más característica del contrato. ...El lugar de carga del contrato de transporte internacional es el lugar donde comienza su cumplimiento: allí el cargador la entrega al porteador y éste acepta para transportar, por lo tanto el derecho de ese lugar es el que rige las cuestiones suscitadas por el contrato si ellas no previeron otro...”.

– En “Banco de Río Negro c/Independencia Transportes Internacionales”, con fecha 20/10/81, la Sala E de la Cámara Nacional en lo Comercial, se sostuvo que el derecho aplicable era el derecho argentino, porque se encontraba en Buenos Aires al momento de la celebración del contrato –Art. 1212– el domicilio del banco deudor de la prestación característica del contrato.

– En “Cicerone José c/Banco de Entre Ríos s/ Sumario”, el 19 de febrero de 1982, se trataba de un contrato bancario internacional, específicamente de comisión mercantil de cobranza bancaria. Se sujetó el contrato al derecho sustancial argentino por entenderse que el lugar del cumplimiento es el lugar del domicilio del deudor de la prestación más característica del contrato cual es el domicilio del banco al que se le ha encomendado la cobranza en la República.

– En “Deutsches Reisebüro c/Speter, Armando s/Ordinario”, la Sala E Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, con fecha 27 de febrero de 1984, entre otras circunstancias como fue la introducción de la aplicación del derecho sustantivo común, en el caso la regulación de la asunción de deuda por el derecho alemán y el derecho argentino, estableció que el contrato de alojamiento objeto de la litis se encontraba sujeto a la ley del domicilio del deudor de la prestación más característica cual es la de alojar espectadores, en el caso del derecho argentino.

– En “Arrebillaga, Arturo E. Y otra c/ Banco de Santa Cruz”, el 1º de marzo de 1984, con relación a un contrato de intermediación internacional, se sostuvo la aplicación del derecho argentino por ser la ley del lugar del domicilio del intermediario o dicho de otro modo, por la ley del domicilio o del establecimiento del prestador característico del contrato.

- En “Expreso Mercurio S.A. c/Maupe S.A.”, del 07 de mayo de 1984, se trataba de un contrato internacional de transporte terrestre de mercaderías desde Brasil a Argentina. Se sostuvo que la conducta procesal asumida por las partes hizo regir el contrato por el derecho argentino. Sin perjuicio, de ello sostuvo el tribunal que de no haber mediado esta elección, siguiendo el criterio de la prestación más característica del contrato el contrato se hubiera regido por el derecho del domicilio del transportista, en el supuesto de autos la ley brasileña.
- En el fallo del 10/08/1988, en el ámbito provincial, en el caso Sagemuller, Francisco, la Cámara Segunda de Paraná Sala II, sostuvo en materia de un contrato internacional de compraventa de acciones que en el contrato de naturaleza bilateral, debe darse prevalencia a lo que se ha dado en llamar la prestación más característica del contrato, entendiéndose por tal aquella que dentro de la función económica del contrato configuran las conductas de adjudicaciones que más satisface el fin económico del negocio. Se dijo puntualmente. “Para determinar cuál es la prestación más característica del contrato de compraventa de acciones debe estarse no a la entrega de las acciones concebida como materialidad sino a la transferencia de la participación social en una empresa... Por lo tanto, el punto de contacto lugar de cumplimiento, impone juzgar la litis a la luz del derecho material argentino...”.

En la República Oriental del Uruguay, la doctrina más prestigiosa, refiriéndose a la Convención Interamericana insiste en la importancia de definir los vínculos más estrechos y en lugar de dejarlo librado a un criterio del tribunal, destaca la conveniencia de presumir que se verifica en el Estado donde la prestación que lo caracteriza debe cumplirse. En tal sentido, sostiene “que el rechazo de esa presunción, con el pretexto de que éstas podrán ser diferentes según los distintos contratos –argumento del experto norteamericano Harold Burman en Tucson– tiene como razón de fondo dejar en manos del juez el problema, muy en la orientación del *common law*, en la que se prefiere a las partes y a los tribunales más que al legislador cuando de intereses privados se trata. Ello explica que igualmente se rechazara la propuesta conjunta de Herbert-Operti de señalar la búsqueda del juez tomando la ley del domicilio de la persona física o sede del establecimiento de la persona jurídica, obligadas, ante la imposibilidad de determinar el lugar de la prestación más característica”.¹⁹

¹⁹ Operti Badán, Didier *La CIDIP V: Una visión en perspectiva*. Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado. Número 1. 1994.

14. SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO. FUENTE INTERNA Y FUENTE CONVENCIONAL			
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	CÓDIGO CIVIL ARGENTINO	TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1889	TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1940
	El Código Civil no contiene ninguna norma expresamente Consagrada a la autonomía de la voluntad en el orden internacional. Quienes defendieron su aplicación en el ámbito internacional se fundaron en el artículo 1197 CC. Quienes negaron esta posibilidad se basaron los Tratados de Montevideo, en especial el de 1940	No rechaza ni reconoce expresamente el principio de la autonomía de la voluntad. Algunos sostuvieron que era favorable a su reconocimiento en virtud del artículo 19 CN. Otros sostienen que el silencio importa su rechazo.	El artículo 5° del Protocolo Adicional expresamente dispone: “la jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados no pueden ser modificados por voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley”.

	CÓDIGO CIVIL ARGENTINO	TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1889	TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1940
LEY APLICABLE	El artículo 1205 CC sujeta el contrato a la ley del lugar de la celebración (Story). Los artículos 1209 y 1210 someten el contrato a la ley del lugar de su ejecución (Savigny). La interpretación mayoritaria es: si el contrato tiene desde el inicio algún punto de contacto con la República Argentina el contrato se rige por los artículos 1209 y 1210, (ley del lugar de cumplimiento). Si el contrato carece de vinculación se rige por el artículo 1205 (ley del lugar de celebración) .	El contrato internacional se rige por la ley del lugar de ejecución (artículos 32 y 33).	El contrato internacional se rige por la ley del lugar de ejecución (artículos 36 y 37) . En subsidio el artículo 40 dispone que cuando no se pueda determinar el lugar de cumplimiento de los actos y contratos, se regirán por la ley de su celebración.

	CÓDIGO CIVIL ARGENTINO	TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1889	TRATADO DE MONTEVIDEO DE 1940
CONTRATOS ENTRE AUSENTES	Se debe distinguir si el contrato tiene o no lugar de ejecución determinado. Si lo tiene se aplica la ley del lugar de ejecución. Si no lo tiene, el contrato se rige por la ley del domicilio de cada una de las partes. (Doctrina del artículo 1214)	Somete el perfeccionamiento del contrato a la ley del lugar de donde partió la oferta (artículo 37) En los demás aspectos la ley aplicable es la del lugar de ejecución	Somete el perfeccionamiento del contrato a la ley del lugar de donde partió la oferta aceptada (artículo 42) En los demás aspectos la ley aplicable es la del lugar de ejecución

15. PROYECTOS DE REFORMA

La República Argentina no ha tenido la dicha, a pesar de las numerosas iniciativas realizadas, de contar con una Ley de Derecho Internacional Privado como muchos países más avanzados en la materia poseen. Este es el caso, mas no el único, de la República Bolivariana de Venezuela desde 1998. La naturaleza de este trabajo nos impide explayarnos sobre este tema, pero como contrapartida señalamos las soluciones principales en algunas de las propuestas que todavía no han alcanzado plasmar la ansiada autonomía legislativa del derecho internacional privado de fuente interna en la República Argentina.

	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1993	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1998/2000	PROYECTO DE REFORMA CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2003
AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	<u>Autonomía conflictual:</u> El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. La elección debe ser expresa o resultar claramente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso (artículo 947) <u>Autonomía material:</u> Las partes pueden convenir el contenido normativo del contrato, elaborando o incorporando normas sustanciales adaptadas al negocio de que se trate. Los límites mencionados expresamente son el orden público internacional y las disposiciones imperativas (artículo 948).	<u>Autonomía conflictual:</u> El contrato se rige por el derecho elegido por las partes. La elección debe ser expresa o resultar claramente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso (artículo 2605). <u>Autonomía material:</u> Las partes pueden convenir el derecho aplicable a su contrato, elaborando o incorporando normas sustanciales adaptadas al negocio de que se trate. Los límites mencionados expresamente son el orden público internacional y las disposiciones imperativas (artículo 2606).	<u>Autonomía Conflictual:</u> Elección del derecho. La forma, la validez intrínseca y los efectos del contrato se rigen por el derecho elegido libremente por las partes, elección que pueden hacer incluso durante el proceso. Las partes pueden elegir el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, así como establecer que diversos aspectos se rijan por derechos diferentes. La elección puede recaer en el derecho de un tercer Estado sin vinculación con el caso. La elección debe ser expresa o resultar claramente de los términos del

	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1993	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1998/2000	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2003 contrato o de las circunstancias del caso. Por derecho elegido se entiende, salvo pacto en contrario, el derecho interno del país de referencia. (Artículo 69). <u>Autonomía Material:</u> Regulación del contrato por las partes. Haya o no elección del derecho aplicable las partes pueden generar nuevos tipos contractuales y elaborar normas del contrato que desplacen las normas coactivas del derecho aplicable. Son también aplicables los principios y usos contractuales en los términos del artículo 4, segundo párrafo.

	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1993	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1998/2000	PROYECTO DE REFORMA CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2003
INTERNACIONALI- DAD DEL CONTRATO	No restringe la facultad de elección a los contratos internacionales.	No restringe la facultad de elección a los contratos internacionales	Internacionalidad del contrato. Un contrato es internacional si tiene contactos objetivos con más de un Estado. Son contactos objetivos, entre otros, los lugares de celebración y de cumplimiento, y los domicilios, establecimientos o residencia habitual de las partes y la situación de los bienes objeto del contrato. (Artículo 68).

	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1993	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1998/2000	PROYECTO DE REFORMA CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2003
NÚMERO DE LEYES	Las partes pueden elegir la ley aplicable a la totalidad o a una parte separable del contrato (artículo 947).	Las partes pueden elegir la ley aplicable a la totalidad o a una parte del contrato (artículo 2605).	Las partes pueden elegir el derecho aplicable a la totalidad o a una parte del contrato, así como establecer que diversos aspectos se rijan por derechos diferentes. (Art. 69).
OPORTUNIDAD O TIEMPO DE ELECCIÓN	No indica si el ejercicio de la facultad de elección puede realizarse en todo momento o solo al momento de la celebración del contrato.	No indica si el ejercicio de la facultad de elección puede realizarse en todo momento o solo al momento de la celebración del contrato.	La forma, la validez intrínseca y los efectos del contrato se rigen por el derecho elegido libremente por las partes, elección que pueden hacer incluso durante el proceso. (Artículo 69).

	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1993	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1998/2000	PROYECTO DE REFORMA CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2003
MUTACIÓN DE LA LEY ELEGIDA	No lo indica	No lo indica	Modificación del derecho aplicable. En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido total o parcialmente a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato ni los derechos de terceros. (Artículo 73).

	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1993	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1998/2000	PROYECTO DE REFORMA CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2003
ÓRDEN PÚBLICO INTERNACIONAL YNORMAS INTERNACIO- NALMENTE IMPERATIVAS	Son límites expresamente determinados para el ejercicio de la autonomía material. Pero también aplicables a la autonomía conflictual en virtud de los artículos 6 (orden público internacional), y 8 (normas de policía). Otro límite es el fraude a la ley (artículo 7)	Son límites expresamente determinados para el ejercicio de la autonomía material. Asimismo, el artículo 2609 estipula que <i>en todo caso</i> se aplican necesariamente las reglas del derecho de foro cuando sean imperativas. El artículo 2539 (fraude), 2541 (orden público internacional) y 2543 (normas internacionalmente imperativas) también resultan aplicables.	Son límites el Orden público internacional argentino. Las disposiciones del derecho extranjero aplicables de conformidad con este código, deben ser excluidas cuando conduzcan a una solución manifestamente incompatible con los principios de orden público internacional argentino. En tal supuesto, se debe procurar una solución basada en el mismo derecho extranjero que sea compatible con tales principios. En su defecto se aplica el derecho argentino. (Artículo 14) Normas de policía. El ejercicio de la autonomía pri-

	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1993	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1998/2000	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2003 vada y el funcionamiento de las normas de conflicto quedan excluidos por las normas argentinas dictadas para preservar el interés público. Los tribunales deben atender a las normas dictadas por Estados extranjeros para preservar el interés público si su finalidad y las consecuencias que se derivan de su aplicación, fueren compatibles con los principios de la legislación argentina y la razonable previsión de las partes. (Artículo 15).

	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1993	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1998/2000	PROYECTO DE REFORMA CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2003
RECHAZO DEL REENVÍO	El artículo 951 dispone que en ausencia de indicación expresa en sentido contrario, cuando en materia contractual las partes eligen el derecho de un Estado o la norma de conflicto lo designa, se entiende que corresponde la aplicación de la ley interna en vigor de ese Estado, con exclusión de sus reglas de derecho internacional privado. Por esta norma quedaría excluida la <i>lex mercatoria</i>.	No dispone nada acerca del reenvío en materia contractual. El artículo 2540 acerca de este instituto establece que en principio se deben tener en cuenta las reglas de conflicto del derecho extranjero declarado aplicable. Si el derecho de ese Estado reenvía al argentino, se aplicarán las normas argentinas de derecho interno.	Por derecho elegido se entiende, salvo pacto en contrario, el derecho interno del país de referencia. (artículo 69). Reenvío. Deben tomarse en cuenta las normas de conflicto del derecho extranjero declarado aplicable. Cuando las partes eligen el derecho se entiende, salvo pacto en contrario, que se refieren al derecho interno. (Artículo 10)

	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1993	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1998/2000	PROYECTO DE REFORMA CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2003
LEY APLICABLE EN CASO DE AUSENCIA DE ELECCIÓN	El artículo 949 establece que en ausencia de elección de derecho, o cuando esta elección no se haya efectuado el contrato se rige por el derecho del Estado con el cual presente los vínculos más estrechos. Se presume que existen estos vínculos con el Estado donde la parte debe cumplir la prestación que caracteriza el contrato tiene su domicilio o su establecimiento. Si una de las partes tiene más de un establecimiento se tomará por tal el que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento.	El artículo 2607 estipula que en ausencia de elección del derecho o si tal elección no se hubiera efectuado, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cuando presenta los vínculos más estrechos. Para determinar el tribunal deberá tener en cuenta los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato. Si una parte del contrato es separable del resto del contrato y tiene una conexión más estrecha con otro Estado, puede aplicarse a título excepcional la ley de ese Estado a esa parte del contrato.	El artículo 72 establece que el Derecho aplicable a falta de elección. En ausencia de elección válida del derecho, o en los aspectos para los que esta elección no se haya efectuado, el contrato se rige por el derecho del Estado con el cual presenta los vínculos más estrechos. Se presume que existen estos vínculos con el Estado en el que se encuentre el lugar, determinado o determinable, de cumplimiento de la prestación característica. Si no pudiera determinarse el lugar de cumplimiento se presume que estos vínculos existen con el Estado

	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1993		PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1998/2000	PROYECTO DE REFORMA CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2003 donde la parte que debe cumplir la prestación característica tiene establecimiento o residencia habitual. Si una de las partes tiene más de un establecimiento, se tomará en cuenta aquél que guarde la relación más estrecha con el contrato y su cumplimiento.

	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1993	PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1998/2000	PROYECTO DE REFORMA CÓDIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO 2003
CONTRATOS EN PARTICULAR	Se regulan especialmente, los contratos relativos a inmuebles o a su utilización (se rigen por la ley de lugar de situación, artículo 953) y los contratos de consumo, sometiéndolos a la ley del lugar de domicilio del consumidor en los casos enumerados por la norma. La elección de la ley aplicable no podrá privar al consumidor de la protección que le aseguran las normas imperativas del Estado en el cual tiene su domicilio (artículo 954).	Se regulan especialmente, los contratos relativos a inmuebles o a su utilización (se rigen por la ley de lugar de situación, artículo 2613) y los contratos celebrados con consumidores, sometiéndolos a la ley del lugar de residencia habitual del consumidor en los casos enumerados. En estos contratos no se puede ejercer la autonomía de la voluntad. También se regula el régimen aplicable a los contratos de transporte de cosas (artículo 2614) y de personas (artículo 2615).	Se regulan especialmente, los contratos relativos a inmuebles o a su utilización (se rigen por la ley de lugar de situación, artículo 75) y los contratos celebrados con consumidores, sometiéndolos a la ley del lugar de residencia habitual del consumidor en los casos enumerados. En estos contratos no se puede ejercer la autonomía de la voluntad. También se regula el régimen aplicable a los contratos de transporte de cosas (artículo 77) y de personas (artículo 78). De intermediación, de trabajo.

16. PERSPECTIVA DE RATIFICACIÓN POR LA REPÚBLICA ARGENTINA DE LA CIDIP Y ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

En los últimos años se ha notado un descenso en materia de ratificación por parte de los países de la OEA. Ello obliga a realizar un replanteo profundo de la importancia de esta obra codificadora. Habrá quienes han sabido encontrar las razones que parecen frustrar tan importante obra.

La República Argentina ha marchado lentamente, pero ha efectuado claros movimientos hacia la aceptación de la obra codificadora, no tanto como Brasil que en los últimos años ha incorporado 14 de los 23 textos convencionales o como Venezuela que ha incorporado sus soluciones en la Ley Venezolana de DIPr. de 1998. Tampoco la Argentina ha logrado escapar a la tendencia de emplear a las CIDIP como fuente a la hora de proyectar la reforma de los Códigos Civiles, de Derecho Internacional Privado, entre otros.

Resulta innegable que las convenciones se han transformado en una referencia inexorable para los legisladores que emprenden proyectos en la República Argentina. La CIDIP es una fuente de referencia constante doctrinaria, jurisprudencial y de reforma legislativa en la fuente interna en los países americanos. Tanto ello es así que se ha producido un fenómeno peculiar, cual es que algunas de las soluciones convencionales en lugar de haber sido ratificadas, han sido tomadas como una suerte de Leyes Modelo, vale decir, como marcos orientadores para los legisladores en materia de derecho internacional privado.

Mas no debe olvidarse, y este quizás sea uno de sus méritos, que si bien es cierto que la CIDIP en sus soluciones se encuentra fuertemente influenciada por la Convención de Roma no se ata a su texto. Sobre todo cuando se entiende que los textos normativos deben ser diseñados atendiendo a las realidades de los pueblos a quienes están destinados.

Por tales motivos, la CIDIP sea para aceptarla o para rechazarla, se encuentra destinada a ser tomadas seriamente en consideración cuando los gobiernos comprendan acabadamente que estamos insertos en un mundo en el que los operadores de los negocios internacionales exigen un espacio para desplegar-se de seguridad, de certeza. Sin demoras.

La novación

Guido GARBATI GARBATI*
Alejandra LEÓN PARADA**

SUMARIO:

1. **Evolución histórica y concepto.**
2. **Clasificación:** **2.1** *La primera de éstas, la subjetiva, se verifica por el cambio de los sujetos de la obligación, bien sea el acreedor o el deudor.* **2.2** *Novación objetiva. Puede ocurrir por cambio de objeto y por cambio de causa.* **2.3** *Cambios que no producen novación.*
3. **Requisitos:** **3.1** *En primer término, la intención de novar, voluntad expresa, clara e inequívoca de las partes de extinguir la obligación primitiva y sustituirla por una nueva.* **3.2** *En segundo lugar, la existencia de una obligación anterior válida, pues si fuere nula la obligación nueva que la sustituye será igualmente nula.* **3.3** *Por último y en tercer lugar, existencia de una obligación nueva distinta a la primitiva, bien porque exista un cambio en el acreedor o deudor,*

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. **Universidad del Caribe**, *Especialización en Derecho Marítimo*, Cursante. **Universidad de Salamanca**, Curso de Postgrado en Derecho Procesal. Diversos cursos en varios países. **Tribunal Supremo de Justicia**, *Sala de Casación Civil*, Abogado Auxiliar.

** **Universidad Central de Venezuela**. Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Tesista. **Universidad Santa María**. Especialista en Derecho Tributario. **Tribunal Supremo de Justicia**. *Sala de Casación Civil*. Abogado I.

bien en el objeto o causa. Esta nueva obligación debe también ser válida. 3.4 Diferencia esencial entre la obligación original y la nueva que va a sustituirla.

4. Efectos.

5. Naturaleza de la novación respecto a otras instituciones: 5.1 *Novación y dación en Pago.* 5.2 *Novación y delegación.* 5.3 *Novación y cesión de acreencias o asunción de deudas.* 5.4 *Novación y subrogación.*

6. Comentarios a jurisprudencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en materia de novación: 6.1 *Sentencia N° 64, de fecha 29 de enero de 2002, expediente N° 2000-463.* 6.2 *Sentencia N° 72, de fecha 05 de febrero de 2000, expediente N° 1999-034.* 6.3 *Sentencia de fecha 09 de mayo de 1985, caso Pedro Caminero Moleiro contra Materiales Agua Clara, C.A.*

INTRODUCCIÓN

Con el presente ensayo se trata de realizar una aproximación al tema de la novación, concebida como el acuerdo mediante el cual las partes deciden extinguir una obligación preexistente y crear una nueva que la sustituya, que difiera de la anterior en algún concepto esencial. El enfoque de dicha figura básicamente se realiza desde la óptica del derecho civil, mas no mercantilista.

Se da inicio a la labor, brindando atención a los conceptos de distintos autores, de los cuales se extraen los elementos comunes, para arribar así a un concepto afín con todas las definiciones.

Posteriormente, el esfuerzo se centra en repasar las principales clasificaciones pertinentes a la misma, los requisitos necesarios para su configuración, existencia, efectos y la comparación de ésta con otras instituciones jurídicas de similar naturaleza.

Para culminar se citarán tres sentencias de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, vinculadas al tema de la novación. Realizándose breves comentarios sobre las mismas.

1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y CONCEPTO

En el Derecho Romano se utilizaba la novación frecuentemente para neutralizar el vigor del vínculo obligatorio, el cual una vez formado, no podía ser modificado, ni respecto a los sujetos, ni respecto al objeto, modalidades o causas; en consecuencia, cuando era necesario realizar un cambio en estos elementos, se debía extinguir la obligación y sustituirla por otra nueva.

La novación en el Derecho moderno es utilizada cuando se requiere un cambio en los sujetos o sobre el objeto de la obligación, aunque en la actualidad las instituciones de la dación en pago y la cesión de créditos y derechos, permiten alcanzar tales fines aunque sus efectos sean distintos al de la novación.

En el Derecho moderno el fenómeno de la novación, como instrumento para el nacimiento y la extinción de las obligaciones, ha perdido gran parte de su antigua utilidad. Muy amplio era su radio de acción en el Derecho Romano, por cuanto en ese sistema no se conoció en un principio la cesión de créditos, y se hacía necesario, por lo tanto, cuando se requería el cambio de sujetos de la obligación, o el cambio de la obligación por otra, entre los mismos contratantes, extinguir previamente la obligación originaria y dar nacimiento a una nueva. Tan cierto es lo dicho, que algunas legislaciones modernas, como la alemana, elaboradas dentro del criterio de la menos pérdida de energía jurídica, han disminuido considerablemente el alcance y valor de esta institución, dándoles una mayor amplitud a la cesión de créditos, a la asunción de deudas, a la dación en pago y a la subrogación.

Según el autor José Antonio Álvarez C., la novación constituye la extinción de una obligación por el nacimiento de una nueva que viene a sustituirla.

Por su parte, el Doctor Eloy Maduro Luyando define la novación como un modo voluntario de extinción de las obligaciones, a través del cual extinguida una es suplantada por una nueva.

Según la Enciclopedia Jurídica OPUS, en su Tomo V, Novación, constituye un modo de extinción de las obligaciones por sustitución de la existente por otra nueva, y esta transformación debe operar por medio de contrato. En el Derecho clásico había de hacerse por *stipulatio* o contrato literal, y el objeto había de permanecer el mismo. En el Derecho justiniano puede variarse el objeto, pero siempre es necesaria la concurrencia de un nuevo elemento, *aliquid novi*.

Histórica y dogmáticamente, novación, no tiene ni puede tener sino un solo significado, un medio de extinguir una relación obligatoria mediante la creación de otra nueva que la sustituye y reemplaza. Importa poco que la novación sea en sí un negocio o un simple efecto o consecuencia de tal negocio, un mero *effectus iuris*, pero lo que resulta de todos modos inobjetable, es que en la figura novatoria está entrañado en forma consustancial ese juego recíproco creación-extinción, ese crear extinguiendo y extinguir creando que es el que la dota de caracterización y esencia.

Hernández Gil afirma que junto a la novación en el sentido gramatical y romano de la expresión que entraña el doble efecto de dar vida a una obligación y poner término a otra a la que la nueva reemplaza, se han abierto camino figuras novatorias desprovistas de ese alcance destructor, y ello lo mismo en el plano del objeto que en el de los sujetos. Y concluye: “*La novación objetiva no productora de la extinción suele denominarse modificatoria o impropia. La novación subjetiva con subsistencia de la obligación precedente da lugar a la transmisión a título singular de la deuda*”. Afirmaciones difíciles de suscribir.

El autor Sancho Rebullida dice –con razón– que en el aspecto conceptual el término “*novación modificativa*” supone un contrasentido, porque modificar es distinto que extinguir y, en cierto sentido, contradictorio, ya que predica la subsistencia del “*quid modificado*”. Tiene razón, pero es incompleto, porque olvida el otro término de la relación; si se habla de novación modificativa hay que hablar también y para contraponerlo de novación extintiva, y aquí ni siquiera cabe hablar de contrasentido, sino que estamos ante una evidente e inocultable redundancia, repetición innecesaria e improcedente porque si hay novación hay extinción y si hay extinción es porque ha tenido lugar la novación. La pretendida división del género en dos especies: *La extintiva y la modificativa*, se nos revela como imposible porque la primera de tales especies tiene que ser por necesidad el género mismo, y si falta una especie tampoco puede darse la otra (en cuanto desaparece la división), y si esta segunda no es una especie del género novación tiene que ser algo distinto, cosa que tampoco cabe admitir, ya que por muy modificativa y especialísima que sea la nómina siempre es novación. En fin, se cierra el círculo: la espuria variedad novatoria no puede escapar de las implacables reglas que conducen a una clara reducción del absurdo.

Al respecto, el Código Civil Venezolano en el Capítulo IV “De la extinción de las obligaciones”, Sección II “De la novación”, artículo 1.314, expresa textualmente lo siguiente:

La novación se verifica:

- 1.- Cuando el deudor contrae para con su acreedor nueva obligación en sustitución de la anterior, la cual queda extinguida.
- 2.- Cuando un nuevo deudor se sustituye al anterior dejando el acreedor a éste libre de su obligación.

3.- Cuando, en fuerza de nueva obligación, un nuevo acreedor se sustituye al anterior, quedando libre el deudor para con éste.

Así, a diferencia de las definiciones autorales anteriormente citadas, la norma sustantiva civil transcrita, en su definición lleva implícita una clasificación de la citada figura, la cual será objeto de análisis en el siguiente capítulo.

En síntesis de lo expuesto, novación, puede definirse como un convenio mediante el cual las partes deciden extinguir una obligación preexistente, con la creación de una nueva obligación que la sustituya, que difiere de la anterior en algún concepto esencial.

2. CLASIFICACIÓN

Desde el punto de vista de los elementos que deben variar en la obligación.

Existen dos categorías: **La subjetiva y la objetiva.**

2.1 *LA PRIMERA DE ÉSTAS, LA SUBJETIVA, SE VERIFICA POR EL CAMBIO DE LOS SUJETOS DE LA OBLIGACIÓN, BIEN SEA EL ACREEDOR O EL DEUDOR*

2.1.1 *Novación subjetiva por cambio del acreedor*

Tiene lugar cuando un nuevo acreedor se sustituye al anterior, quedando libre el deudor con este último. Supuesto del ordinal 3º del artículo 314 transcrito en la sección anterior: "...Cuando, en fuerza de nueva obligación, un nuevo acreedor se sustituye al anterior, quedando libre el deudor para con éste..."

Sobre el particular, el artículo 1.323 del citado Código Civil, también estipula lo siguiente:

El deudor que ha aceptado la delegación no puede oponer al segundo acreedor las excepciones que había podido oponer al acreedor primitivo, salvo su acción contra este último.

Sin embargo, tratándose de excepciones que dependen de la cualidad de la persona, el deudor puede oponerlas, si tal cualidad subsistía el tiempo en que consistió en la delegación.

2.1.2 *Novación subjetiva por cambio de deudor*

Al igual como sucede en el supuesto anterior, un nuevo deudor sustituye al anterior, quedando el deudor originario libre de su obligación para con el acreedor. Supuesto del ordinal 2º del artículo 1.314 del Código Civil:

...Cuando un nuevo deudor se sustituye al anterior dejando el acreedor a éste libre de su obligación...

Al respecto, el artículo 1.316 del texto sustantivo civil, también dispone sobre el particular, lo siguiente:

...La novación que consiste en sustituir un nuevo deudor, en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste.

Otro tipo de novación subjetiva por cambio de deudor, viene dado a través de la figura **de la delegación, y su naturaleza** se haya explicada claramente en el contenido del artículo 1.317 del Código Civil, que señala:

La delegación por la cual un deudor designa al acreedor otro deudor, el cual se obliga hacia el acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de libentar al deudor que ha hecho la delegación.

Por último, es importante hacer mención del contenido del artículo 1.321 del código sustantivo civil, **conforme al cual los privilegios e hipotecas primitivos del crédito son intransferibles a los bienes del nuevo deudor**, al estipular textualmente el legislador patrio que: “*Cuando la novación se efectúa por la sustitución de un nuevo deudor, los privilegios e hipotecas primitivos del crédito no se transfieren a los bienes del nuevo deudor*”.

2.2 *NOVACIÓN OBJETIVA. PUEDE OCURRIR POR CAMBIO DE OBJETO Y POR CAMBIO DE CAUSA*

2.2.1 *Por cambio de objeto*

Se verifica cuando el deudor conviene con el acreedor en la entrega de una cosa distinta a la originalmente acordada y el acreedor brinda su consentimiento para la extinción del vínculo anterior.

2.2.2 *Por cambio de causa*

Tienen lugar cuando ambas partes convienen en la extinción de la obligación original por una nueva.

Estos dos supuestos de novación objetiva encuentran su asidero en el ordinal 1º del precitado artículo 1.314 del Código Civil, que señala: “...*Cuando el deudor contrae para con su acreedor nueva obligación en sustitución de la anterior, la cual queda extinguida...*”.

2.3 CAMBIOS QUE NO PRODUCEN NOVACIÓN

La obligación puede sufrir importantes cambios, sin que haya novación. Así, en la novación objetiva no todo cambio implica novación.

2.3.1 *La transformación, extinción o creación de modalidades de una obligación no la cambia por otra, es decir, no produce novación*

Ejemplo de ello lo constituye, la mera ampliación de una deuda y la simple mutación del lugar para el pago.

2.3.2 *La supresión, el establecimiento o la transformación de las garantías de una obligación, tampoco produce novación*

2.3.3 *La estipulación de cláusula accesoria una vez constituida su obligación o su extinción*

2.3.4 *La reducción del monto de una deuda en virtud de diversos abonos efectuados por el deudor*

Así como tampoco, el hecho de que el acreedor faculte al deudor para pagar en varios contados la deuda que debía cancelarle en un solo pago.

2.3.5 *El hecho de hacer constar en un escrito una obligación, o de hacer constar en documento público una escritura privada*

Esos hechos constituyen un acto de reconocimiento de la deuda, que produce como resultado, la interrupción de la prescripción.

3. REQUISITOS

Como requisitos básicos, tenemos:

3.1 *EN PRIMER TÉRMINO, LA INTENCIÓN DE NOVAR, VOLUNTAD EXPRESA, CLARA E INEQUÍVOCA DE LAS PARTES DE EXTINGUIR LA OBLIGACIÓN PRIMITIVA Y SUSTITUIRLA POR UNA NUEVA*

En caso de duda, dicha voluntad será considerada inexistente, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 1.315 del Código Civil que dispone:

La novación no se presume, es necesario que la voluntad de efectuarla aparezca claramente del acto.

El *animus novandi* se refiere al propósito de ambas partes de extinguir la obligación primitiva y sustituirla por una nueva. No basta que decidan construir una deuda nueva, sino que ésta venga a sustituir a la anterior, en razón de que no siempre las obligaciones supervenientes extinguen los compromisos anteriores de las partes para que la obligación reciente subrogue a la original. Las partes deben declarar expresamente tal intención de acuerdo, de conformidad con lo señalado en el transcrito artículo 1.315.

3.2 EN SEGUNDO LUGAR, LA EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN ANTERIOR VÁLIDA, PUES SI FUERE NULA LA OBLIGACIÓN NUEVA QUE LA SUSTITUYE SERÁ IGUALMENTE NULA

En dicho sentido, el artículo 1.324 del Código Civil, dispone:

La novación carece de efecto si la antigua obligación era nula; al menos que la misma haya sido contraída en mira al mismo tiempo de confirmar la antigua, conforme a las reglas legales, y de reemplazarla.

Ahora bien, si la primitiva obligación se encontraba viciada de nulidad absoluta, la novación será nula. Si se encontraba afectada de nulidad relativa, cabe la siguiente distinción: a) Si el vicio ha cesado al efectuarse la novación y se confirma la obligación primitiva, la nueva será válida; b) Si no ha cesado el vicio y se realiza la novación, la nueva quedará afectada del nuevo vicio.

En igual sentido, si la obligación primitiva consiste en una obligación condicional, la obligación nueva que la sustituye será también condicional.

3.3 POR ÚLTIMO Y EN TERCER LUGAR, EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN NUEVA DISTINTA A LA PRIMITIVA, BIEN PORQUE EXISTA UN CAMBIO EN EL ACREEDOR O DEUDOR, BIEN EN EL OBJETO O CAUSA. ESTA NUEVA OBLIGACIÓN DEBE TAMBIÉN SER VÁLIDA.

3.4 DIFERENCIA ESENCIAL ENTRE LA OBLIGACIÓN ORIGINAL Y LA NUEVA QUE VA A SUSTITUIRLA.

Entre la obligación preexistente y la novatoria debe existir un cambio sustancial, ya que una divergencia accidental, no es suficiente para constituir una novación como serán: La variación en el plazo pactado, el monto de la deuda o en la especie de moneda convenida para realizar el pago

4. EFECTOS

- Surgimiento de una obligación nueva, distinta e independiente, con régimen propio y característico.
- Efecto liberatorio por la extinción de la anterior obligación. Desaparecen todas las acciones de que disponía el acreedor, y las excepciones que en ella tenía el deudor. La desaparición de la obligación anterior hace que desaparezcan también las obligaciones accesorias, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Desaparecen también sus limitaciones, modalidades y vicios particulares. Se extinguen las garantías, fianzas, hipotecas y privilegios que aseguraban la obligación extinguida, a menos que el acreedor haya hecho reserva expresa de ellas (Artículo 1.320 del Código Civil).

Si la obligación extinguida fuese nula, la novación no producirá ningún efecto, mediando una excepción al caso, prevista en el artículo 1.324 del Código Civil, transcrito con anterioridad, que en tal sentido prevé que la nueva obligación haya sido contraída con miras a: “...confirmar la antigua, conforme a las reglas legales y de reemplazarla”.

Dentro de esta sección de los efectos del acto novatorio cabe hacer inclusión del contenido del artículo 1.318 del Código Civil, conforme al cual el acreedor que libera al deudor primitivo no tiene ningún recurso contra este último si el delegado se hace insolvente, a menos que hubiese hecho una reserva expresa en el acto de delegación, o que ya estuviese en estado de insolvencia o quiebra al momento de la delegación. En términos textuales: “...El acreedor que ha libertado al deudor por quien se ha hecho la delegación, no tiene recurso contra él, si el delegado se hace insolvente, a menos que el acto contenga reserva expresa, o que el delegado estuviese ya en estado de insolvencia o quiebra en el momento de la delegación”.

Para finalizar, se hace necesaria la mención del contenido de los artículos 1.323 y 1.325 del citado Código sustantivo Civil, los cuales por la claridad de sus términos no ameritan mayor explicación y que textualmente señalan:

Artículo 1.323.- El deudor que ha aceptado la delegación no puede oponer al segundo acreedor las excepciones que había podido oponer al acreedor primitivo, salvo su acción contra este último. Sin embargo, tratándose de excepciones que dependen de la cualidad de la persona, el deudor puede oponerlas, si tal cualidad subsistía al tiempo en que consintió en la delegación.

Artículo 1.325.- El que ha aceptado la delegación queda válidamente obligado para con el delegatario, aun cuando su obligación para con el delegante o del delegante para con el delegatario, sea nula o esté sujeta a excepción.

5. NATURALEZA DE LA NOVACIÓN RESPECTO A OTRAS INSTITUCIONES

5.1 NOVACIÓN Y DACIÓN EN PAGO

Cuando hay cambio en la obligación primitiva por sustitución del objeto, puede materializarse un caso de dación en pago o una novación. Si el cumplimiento de la nueva obligación se realiza inmediatamente, tenemos una dación en pago; pero si no se realiza inmediatamente debe calificarse como novación. Esta es una diferencia sutil, pues en nada altera las obligaciones la circunstancia de que el pago se haga inmediatamente o no; y de ahí concluiremos que la dación en pago es de naturaleza igual a la de la novación por cambio del objeto de la obligación.

Específico es el caso de novación por cambio de fundamento o causa de la primitiva obligación, y éstos se rigen por las reglas de la novación, ya que no les son aplicables las reglas de la dación en pago.

5.2 NOVACIÓN Y DELEGACIÓN

La delegación es una figura jurídica en virtud de la cual una persona da facultades a otra para que se obligue con una tercera persona. La persona que da las facultades se denomina delegante; quien las recibe y se obliga, delegado; y aquella en cuyo favor se obliga el delegado, recibe el nombre de delegatario.

En algunos casos la delegación puede implicar novación, mas en otros tiene reglas específicas, por lo cual algunos autores la consideran como institución autónoma.

Puede tratarse simplemente de un tercero que presta dinero a otro para cancelar una deuda. En esta clase de delegación no existe ninguna relación contractual anterior. Este es el auténtico caso de delegación, sin relación con la novación, pues en él no existe obligación anterior para extinguir en reemplazo de la que cancela un deudor nuevo por el antiguo.

Puede suceder también que el delegante sea deudor del delegatario, y el delegado deudor del delegante; en este caso el delegado cancela su deuda con el delegante, al cancelar la del delegante con el delegatario, es decir, se extinguen dos deudas con un solo pago. Aquí es necesario hacer una

distinción: Si el acreedor entiende cancelar la deuda con su primitivo deudor y admitir en reemplazo la del otro (delegado), estamos en presencia de un caso de novación; si no entiende hacer tal cosa, entonces surge una promesa simple que no extingue la deuda antigua, sino que hace surgir dos deudas coexistentes; si el acreedor entiende cancelar la deuda antigua y sólo tener el crédito del delegado, habiendo por otra parte consentimiento del deudor primitivo, entonces tenemos una delegación, por una parte; y por la otra, un caso de novación; si no existe la voluntad del primer deudor, sólo hay novación, pero no delegación.

También puede haber casos de **delegación activa**, es decir, cuando el acreedor autoriza a otro para que reciba por él la deuda. Si el acreedor autoriza simplemente a otro para que reciba por él, sin extinguirse la relación obligatoria con el deudor, no hay novación sino simple delegación activa. Si autoriza a otro a recibir por él, y a su vez exonera en forma definitiva al deudor para que le pague a él, tenemos un caso de novación junto con uno de delegación.

5.3 NOVACIÓN Y CESIÓN DE ACREENCIAS O ASUNCIÓN DE DEUDAS

La cesión de créditos representa una traslación de derechos personales y la novación, es un medio de extinción de obligaciones, por una parte; y de nacimiento de ellas, por otra. Actualmente la única diferencia entre las dos instituciones es de orden puramente técnico: La cesión de créditos está sometida a ciertas formalidades a que no está sometida la novación.

5.4 NOVACIÓN Y SUBROGACIÓN

En la cesión de acreencias y en la subrogación se realiza el cambio de un acreedor por otro, lo mismo que en la novación por cambio de acreedor. Entre la subrogación, especialmente la convencional y la cesión de acreencias, prácticamente no existen diferencias de fondo, no así entre éstas dos y la novación por cambio de acreedor, pues aquí se extingue la antigua obligación con todos sus accesorios y seguridades, dando nacimiento a una nueva deuda, y en las otras dos figuras jurídicas no existe extinción de la obligación, sino que ésta pasa al nuevo acreedor (cesionario o subrogado), en las mismas condiciones anteriores, con todos sus accesorios y garantías.

6. COMENTARIOS A JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, EN MATERIA DE NOVACIÓN

6.1 SENTENCIA N° 64, DE FECHA 29 DE ENERO DE 2002, EXPEDIENTE N° 2000-463

...La recurrida hizo un análisis jurídico de la figura de la novación, y determinó lo siguiente:

La sentencia impugnada expresó que no hubo novación subjetiva por cambio de deudor, por cuanto esta figura jurídica puede producirse por dos vías: Mediante subrogación por parte del deudor, que consiste en que un nuevo deudor se sustituye al anterior dejando el acreedor libre al deudor originario de su obligación. Pero esto requiere el consentimiento expreso del nuevo deudor que va a sustituir al primitivo, y en el caso bajo estudio, no se probó que Equity Casa de Bolsa, C.A., haya dado su consentimiento para sustituir a Alberto Azpúrua Lara en el contrato de fianza otorgado por Seguros Fénix, C.A., pues tan sólo quedó demostrado que fue una decisión unilateral de Seguros Fénix, C.A. el producir tal cambio o sustitución.

Continúa expresando la recurrida, que la otra posibilidad jurídica de que se haya producido novación subjetiva por cambio de deudor, era mediante la delegación por la cual un nuevo deudor sustituye al antiguo, también llamada adjudicación novativa, donde un deudor encarga a un tercero en pagar en su lugar al acreedor, mediando siempre el consentimiento del acreedor en aceptar liberar al deudor primitivo. La recurrida determinó que no quedó probado en juicio que Alberto Azpúrua Lara haya delegado en Equity Casa de Bolsa, C.A., la obligación de responder frente a la Bolsa Electrónica de Valores de Venezuela, C.A., ni que esta última haya consentido en tal cambio o sustitución, pues expresamente como se estableció a raíz de la prueba de informe rendida por la Bolsa Electrónica de Valores de Venezuela, C.A., esta última sólo había aceptado a Alberto Azpúrua Lara como el accionista N° 25 de esa Casa de Valores.

La Sala, luego de examinar cuidadosamente el marco fáctico y el razonamiento jurídico establecido en la sentencia, debe forzosamente coincidir con la recurrida la que determinó que no hubo novación subjetiva por cambio de deudor, pues la sentencia estableció, y así lo debe asumir la Sala pues ello no fue impugnado, que no

quedó probado el consentimiento del acreedor, Bolsa Electrónica de Valores de Venezuela, SACA, en permitir la sustitución del deudor Alberto Azpúrua Lara en la fianza otorgada por Seguros Fénix, C.A., ni tampoco se demostró que Equity Casa de Bolsa, C.A., haya convenido en efectuar tal sustitución como deudora o en recibir la delegación para el cumplimiento de las obligaciones del ciudadano Alberto Azpúrua Lara. En otras palabras, tan sólo existe una declaración unilateral de uno de los sujetos integrantes de la fianza, Seguros Fénix, C.A., en su carácter de fiadora, que no contó con el respaldo consensual de los demás intervinientes en esa figura jurídica, ni del acreedor ni del deudor que presuntamente iba a sustituir al primigenio.

Por tal motivo, la Sala coincide con la recurrida en determinar que no se produjo la novación subjetiva por cambio de deudor, pues las omisiones consensuales impidieron la posibilidad de entender una subrogación por cambio de deudor o la delegación del deudor primigenio en otro.

Por las razones señaladas, la presente denuncia por falta de aplicación de los artículos 4 y 1.314 del Código Civil debe declararse improcedente. Así se decide...

Respecto a esta decisión, cabe hacer las siguientes precisiones, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia analiza la figura de la novación subjetiva por cambio de deudor. Al igual que lo señalado al inicio de este artículo, en la referida decisión la prenombrada Sala de Casación Civil, precisa la existencia de dos vías para la configuración de este tipo de novación, **la primera**, a través de subrogación por parte del deudor, consistente en que un nuevo deudor sustituye al anterior dejando el acreedor libre al deudor originario de su obligación; para lo cual se requiere el consentimiento expreso del nuevo deudor que va a sustituir al primitivo. **La segunda**, caracterizada por la posibilidad jurídica de que se haya producido novación subjetiva por cambio de deudor, mediante la delegación, cabe decir, que un nuevo deudor sustituye al antiguo, también llamada adjudicación novativa, donde un deudor encarga a un tercero en pagar en su lugar al acreedor, mediando siempre el consentimiento del acreedor en aceptar liberar al deudor primitivo.

Como elemento característico de ambas media el consentimiento, en un caso del nuevo deudor, en el otro, del acreedor en liberar al deudor primitivo (caso de adjudicación novativa) y donde juega un importante papel la figura de la delegación.

6.2 *SENTENCIA N° 72, DE FECHA 05 DE FEBRERO DE 2000, EXPEDIENTE N° 1999-034*

...Con fundamento en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se aduce la violación del artículo 1.317 del Código Civil, por haber incurrido la recurrida en error de interpretación acerca de su alcance y contenido, según la siguiente motivación.

Al producirse la contestación de la demanda, el Banco Unión opuso la falta de cualidad pasiva para sostener la demanda, fundándola en el hecho de que las obligaciones adquiridas por él con el Fondo Nacional de Desarrollo Urbano, derivadas del contrato de fideicomiso celebrado con fecha 22 de noviembre de 1991, habían sido cedidas al Banco Hipotecario Unido S.A. mediante documento suscrito entre ambos demandados con fecha 1° de noviembre de 1991. La delegación en cuestión fue un hecho conocido por la empresa demandante, y ella declaró liberar al deudor, tal como lo exige el artículo 1.317 del Código Civil, ya que la “aceptación expresa de la delegación”, a que se refiere parte del citado artículo, no debe entenderse como una manifestación concebida en una fórmula sacramental que exprese literalmente su aceptación del nuevo deudor.

Sin embargo, para la recurrida no hubo novación, porque no consta que el acreedor haya declarado expresamente su voluntad de liberar al deudor que ha hecho la delegación, tal como lo señala el artículo 1.317 del Código Civil. En todo caso, la recurrida despachó el asunto de la siguiente manera:

...El artículo 1.317 del Código Civil señala que “la delegación por la cual un deudor designa al acreedor otro deudor, el cual se obliga hacia el acreedor, no produce novación, si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de liberar al deudor que ha hecho la delegación.

De esta norma es claro que la voluntad del acreedor debe ser manifiesta. No se admiten, por la rigurosidad del texto, aceptaciones tácitas o sobreentendidas.

En este sentido, tenemos que el BANCO UNIÓN se presenta, a los fines de esta defensa, como deudor de las obligaciones surgidas a raíz de la relación fiduciaria, siendo la actora el acreedor. Siguiendo esta corriente de pensamiento, considera este Tribunal Superior que en ninguno de los documentos citados en la defensa aparece

semejante manifestación de voluntad que implique –expresamente– liberación de las obligaciones del BANCO UNIÓN.

Por el contrario, el documento marcado “D” (folios 26 al 40 del expediente), antes que conceder dispensa al BANCO UNIÓN lo mantiene en una posición privilegiada.

Dicen algunos párrafos del mismo:

...Estos fondos son provenientes de recursos fiduciarios constituido entre el BANCO UNIÓN S.A.C.A. y el FONDO NACIONAL DE DESARROLLO URBANO (FONDUR) (folio 26 del expediente)....

...y de conformidad con el contrato de servicio suscrito entre el BANCO HIPOTECARIO UNIDO S.A. y BANCO UNIÓN S.A.C.A. (folio 26 del expediente).

...el BANCO UNIÓN S.A.C.A. verificará el proyecto presentado por mi representada, sus cálculos y cómputos antes de realizar el pago por este concepto... (folios 26 *in fine* y 27 del expediente).

EL BANCO UNIÓN S.A.C.A. verificará que mi representada sólo reciban (sic) financiamiento para el pago de los derechos de las áreas referidas y no admitirá en el cálculo del mismo cualquier otra etapa futura de viviendas o dotación de agua para locales comerciales... (folio 27 del expediente).

...previa la presentación de una fianza de anticipo hasta por la cantidad mencionada, emitida por una Institución Bancaria o Compañía de Seguros a satisfacción del BANCO UNIÓN S.A.C.A.... (folio 27 del expediente).

La referida cantidad le será reintegrada a mi representada a los noventa (90) días naturales y consecutivos siguientes de haber realizado el ciento por ciento (100%) de las obras de urbanismo, siempre que el BANCO UNIÓN S.A.C.A. o el FONDO NACIONAL DE DESARROLLO URBANO, no presenten a mi representada reclamos sobre la calidad de la obra ejecutada... (folio 28 del expediente).

...fianza de anticipo hasta por la cantidad mencionada emitida por una institución bancaria o Compañía de Seguro a satisfacción del BANCO UNIÓN S.A.C.A. (folio 28 del expediente).

...sin perjuicio de que el BANCO UNIÓN S.A.C.A. pueda considerar la acreencia de plazo vencido si mi representada incurre en atrasos en la ejecución oportuna del cronograma de construcción de obras que impliquen la necesidad de utilizar un tiempo de ejecución mayor al plazo establecido... (Folio 29 del expediente).

...mi representada habrá de cancelar al BANCO UNIÓN S.A.C.A. por concepto de daños y perjuicios contractualmente establecidos y derivados del incumplimiento de sus obligaciones las cantidades de dinero que se señalan en la siguiente tabla:... (folio 31 del expediente).

...constituyo en su nombre a favor del BANCO UNIÓN S.A.C.A. anticresis e hipoteca de primer grado hasta por la cantidad de ... (folio 34 del expediente).

Por lo tanto, antes que liberar expresamente al BANCO UNIÓN de sus obligaciones contractuales, la parte actora manifestó clara e indubitadamente que esta institución conservaría una serie de prerrogativas en la negociación. Luego, mal puede decir la defensa que hubo exclusión por novación, acorde con el artículo 1.317 del Código Civil.

Es más, observa esta Superioridad que, a los folios 68 al 78, aparece en copias certificadas un libelo de demanda, mediante el cual el BANCO UNIÓN y el BANCO HIPOTECARIO UNIDO solicitan la ejecución de la hipoteca constituida en el antes mencionado documento marcado “D”, arrogándose la cualidad de acreedores hipotecarios en virtud del mencionado contrato de préstamo, con lo que obraba conjuntamente contra la actora 23-21 OFICINA TÉCNICA DE CONSTRUCCIONES, C.A.

Entonces, ¿cómo puede decir ahora la representación del BANCO UNIÓN que no tiene cualidad pasiva en este juicio, habiéndosela atribuido en el otro para accionar en contra de la parte actora por hechos provenientes del mismo negocio que origina esta causa? Si tenía, según su dicho, legitimidad para ejecutar la hipoteca, pues también la tiene para ser demandada en este juicio, todo lo cual deriva del mismo asunto.

Por último, se observa de la cláusula 21 del documento de fideicomiso, marcado “C” (folios 7 al 22 del expediente) que la delegación de los préstamos y la estructura de cobranza correspondiente

a los mismos, no significaba delegar la responsabilidad que el BANCO UNIÓN asumía frente a FONDUR.

En consecuencia, si la delegación no podía liberar al BANCO UNIÓN de sus obligaciones frente a FONDUR, mucho menos lo podía hacer la parte actora, ya que eso era de expresa reserva de FONDUR.

Para resolver, la Sala observa:

Tiene razón la recurrida. La delegación, en el sentido señalado por el denunciado artículo 1.317 del Código Civil, esto es, en el riguroso y estrechísimo de adjudicación novativa, no es otra cosa que un encargo hecho por el deudor a un tercero de cumplir con obligaciones en su lugar al acreedor; encargo al que se sigue la liberación del deudor frente al acreedor. La delegación no puede obtenerse más que reuniendo el consentimiento del delegante, del delegado y del delegatario, hecho este último admitido por las partes en el presente proceso. Reuniendo estos tres consentimientos, la delegación es perfecta, sin que sea necesario al efecto la manifestación contemporánea de las tres voluntades. En el caso de autos, es un hecho admitido por las partes la delegación efectuada por el Banco Unión al Banco Hipotecario Unido. Por lo demás, la delegación consta en documento autenticado en la Notaría Quinta de Caracas, de fecha 1° de noviembre de 1991, inserto bajo el N° 49, Tomo 59 del libro de autenticaciones, documento éste al cual se han referido ambas partes en los escritos de formalización y de contestación.

En donde las partes no muestran acuerdo, es en relación con la forma como debe declarar expresamente el acreedor su “voluntad de liberar al deudor que ha hecho la delegación”, tal como lo exige el artículo 1.317 del Código Civil. Para el Banco demandado, tal voluntad debe deducirse de la conducta seguida por el Banco Hipotecario Unido; pero para la recurrida, al interpretar rigurosamente el artículo 1.317 del Código Civil, esta norma es clara en el sentido de que la voluntad del acreedor debe ser manifiesta; y que no se admite, por la rigurosidad del texto, aceptaciones tácitas o sobreentendidas. Por otra parte, según la recurrida, en ninguno de los documentos citados por la defensa aparece la manifestación de voluntad destinada a liberar expresamente al Banco Unión de las

obligaciones asumidas. A juicio de la Sala, es correcta la posición asumida por la recurrida al resolver este asunto, ya que ella sigue en el punto lo que al respecto establece la doctrina.

En efecto, según Georgi (Tratado de las Obligaciones. Ed. Reus S.A. Madrid. Tomo VII. Pág. 466) aquí se trata de un típico caso de delegación imperfecta o adjudicación simple, de la cual, si bien no se puede hablar sin destruir todo el título de la novación y su lógica esencia; sin embargo, hay necesidad de comprenderla en el tratado sobre la novación. Así lo exige la doctrina, porque los signos característicos de la delegación imperfecta sirven para circunscribir el límite de la delegación perfecta y para completar su noción. Uno de los artículos que caracteriza la delegación imperfecta, es precisamente el denunciado 1.317 del Código Civil, según el cual, la delegación no produce novación, si el acreedor delegatario no declara expresamente que libera al delegante, de donde la simple indicación, hecha por el deudor, de una persona que debe cumplir las obligaciones en su lugar, no basta legalmente para producir la novación, esto es, así como la *cessio pro soluto* corresponde a la delegación perfecta, la *cessio pro solvendo* responde a la delegación imperfecta, llamada comúnmente adjudicación simple. Por tanto –en criterio de la recurrida– de ninguno de los documentos citados por la defensa aparece manifestación de voluntad que implique expresamente liberación de las obligaciones asumidas por el Banco Unión.

Por las razones precedentes, se desecha por improcedente la denuncia del artículo 1.317 del Código Civil, analizada en este Capítulo...

En la decisión transcrita, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia analiza un caso de novación subjetiva por cambio de deudor, realizado a través de la figura de la delegación. En dicho pronunciamiento, la citada Sala incorpora un señalamiento que a los efectos del presente trabajo resulta novedoso, al señalar textualmente que: “...*La delegación no puede obtenerse más que reuniendo el consentimiento del delegante, del delegado y del delegatario, hecho este último admitido por las partes en el presente proceso. Reuniendo estos tres consentimientos, la delegación es perfecta, sin que sea necesario al efecto la manifestación contemporánea de las tres voluntades...*”. Concluye, señalando que en el caso citado no se dio la novación, por no constar de manera manifiesta la voluntad del acreedor de liberar al deudor que hizo la delegación, pues, en criterio de la prenombrada Sala, la rigurosidad

del artículo 1.317 del Código Civil, no admite aceptaciones tácitas o sobreentendidas, fundamentado en consideraciones del autor Giorgi, contenidas en su obra “Tratado de las Obligaciones”, Editorial Reus S.A., Madrid, tomo VII, pág. 466, donde indica que: “...*La delegación no produce novación, si el acreedor delegatario no declara expresamente que libera al delegante, de donde la simple indicación, hecha por el deudor, de una persona que debe cumplir las obligaciones en su lugar, no basta legalmente para producir la novación...*”, es decir, por delegación imperfecta o simple (sin el consentimiento manifiesto del acreedor).

6.3 SENTENCIA DE FECHA 09 DE MAYO DE 1985, CASO PEDRO CAMINERO MOLEIRO CONTRA MATERIALES AGUA CLARA, C.A.

...Al comentar una disposición similar, dice Aníbal Dominici: ‘al decir la ley que la novación no se presume, ha querido significar que la voluntad de efectuarla no debe deducirse de hechos o conceptos que puedan ser interpretados afirmativa o negativamente con relación al fin mencionado. Leamos en el artículo que la voluntad de novar ha de aparecer claramente del acto, lo que nos induce a creer que no es admisible la prueba que pretendiese hacerse de la intención de los contratantes, cuando ésta no apareciese del mismo acto o negocio jurídico. La novación no se presume, por la naturaleza de ella y por los efectos ya explicados, pero la ley no exige que sea expresa; basta que aparezca claramente del acto’. Para Luis Sanojo: ‘La novación puede hacerse expresa o tácitamente. Para la primera no se requiere términos sacramentales; para la segunda, basta que de los actos ocurridos entre las partes resulte claramente la voluntad de efectuarla’.

Ahora bien, el texto de la sentencia en el cual se desarrolla la tesis de la recurrida acerca de la existencia de la novación, es el siguiente:

‘De tal manera, que habiendo las partes de autos convenido en los términos antes comentados y dado por consumado dicho convenio y homologado con autoridad de cosa juzgada por el Tribunal de la causa, considera esta Alzada que se está frente a la figura denominada novación, la cual presupone que la primitiva obligación se extinguió, totalmente y nació en su lugar una obligación diferente a la anterior, derivada de las seis (6) letras de cambio emitidas y aceptadas por las partes intervinientes en el litigio. Nuestra legislación considera la novación como un modo de extinguir las

obligaciones (artículo 1.314 y siguientes del Código Civil), y en ningún momento es admisible la solicitud de ejecución del convenio hecha por el demandante, por falta de pago de las mencionadas seis (6) letras de cambio, ya que al haber incumplimiento en el pago de los aludidos instrumentos cambiarios derivados de la novación, lo procedente era instaurar una nueva acción por cobro de bolívares, en virtud de que la letra de cambio es un título autónomo, y, una vez expedida y comenzada la circulación, queda completamente desligada del contrato que le dio origen, ya que ella en sí misma es el instrumento de pago’.

De modo, pues, que no es cierto que la recurrida haya deducido la voluntad de novar de ‘algo que no existe’, tal como lo afirma el formalizante, sino que concluyó en tal forma después de haber examinado el acta en donde consta la transacción, según se expresó en capítulo precedente.

Tampoco es cierto que no cursen en autos los llamados ‘instrumentos cambiarios derivados de la novación’. En efecto, en el Capítulo II de la sentencia, dice textual la recurrida:

‘SEGUNDO: Igualmente se observa que con posterioridad al anterior convenio, la parte actora, mediante diligencia del tres de mayo de mil novecientos ochenta y tres, consigna las seis letras de cambio aludidas en el convenio, las cuales no fueron canceladas...’.

Ahora bien, con la sola denuncia del artículo 1.315 del Código Civil, el cual expresa: la novación no se presume; es necesario que la voluntad de efectuarla aparezca claramente del acto, no le es permitido a la Sala establecer la legalidad de las anteriores manifestaciones de la recurrida, especialmente si en el texto de la transacción figura claramente expresada la voluntad de efectuar una novación. Ha debido denunciar igualmente el recurrente el artículo 1.314 *ejusdem*, para haber intentado subsumir el caso concreto dentro del ordinal primero (1º) del artículo mencionado, y concluir si el acta de la transacción contenía o no la voluntad del deudor de contraer con su acreedor una nueva obligación en sustitución de la anterior, la cual quedaría extinguida.

Por otra parte, ya la Sala ha expresado que la ‘interpretación de las cláusulas de un contrato para inquirir si hubo o no novación en cada

situación concreta es una cuestión de hecho que compete a la soberanía de apreciación de los jueces del mérito, y por tanto, escapa a la censura de Casación, puesto que este Supremo Tribunal sólo está autorizado para extenderse al fondo de la controversia, cuando se ha alegado y se ha declarado procedente la infracción de regla legal para valorar el mérito de la prueba, comprendida en alguna de las situaciones de excepción previstas en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil. Y como ninguna de ellas ha sido invocada en esta denuncia, la Sala debe atenerse al establecimiento y apreciación que de los hechos hicieron en este juicio los jueces de la recurrida...

Como conclusiones importantes derivadas de dicha decisión, conviene destacar el señalamiento de que nuestra legislación la novación es considerada como un modo de extinguir las obligaciones, sin que en ningún momento sea admisible la solicitud de ejecución de un convenimiento por falta de pago, pues en caso de incumplimiento en el pago de instrumentos cambiarios derivados de la novación, lo procedente es instaurar una acción por cobro de bolívares, por constituir la letra de cambio un título autónomo, que una vez expedida y comenzada su circulación, queda completamente desligada del contrato que le dio origen, por ser ella en sí misma el instrumento de pago.

Por último, que la interpretación de las cláusulas de un contrato para inquirir si hubo o no novación en cada situación concreta, es una cuestión de hecho que compete a la soberanía de apreciación de los jueces del mérito, por tanto, escapa a la censura de casación, que sólo está autorizada para extenderse al fondo de la controversia, cuando se ha alegado y se ha declarado procedente la infracción de regla legal para valorar el mérito de la prueba, comprendida en alguna de las situaciones de excepción previstas en el artículo 435 del Código de Procedimiento Civil.

BIBLIOGRAFÍA

- VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil*. Tomo III. Editorial Temis, 1990.
- ÁLVAREZ, José Antonio. *Curso de Derecho de Obligaciones*.
- AGUILAR GORRONDONA, José Luis. *Derecho Civil IV*. UCAB, 1996.
- *Enciclopedia Juridica OPUS*. Tomo V. Editorial Libra.
- MADURO LUYANDO, Eloy. *Curso de obligaciones. Derecho Civil III*. UCAB, 1989.
- *Código Civil Venezolano*.
- Sentencia N° 64, de fecha 29 de enero de 2002, expediente N° 2000-463.
- Sentencia N° 72, de fecha 05 de febrero de 2000, expediente N° 1999-034.
- Sentencia de fecha 09 de mayo de 1985, caso Pedro Caminero Moleiro contra Materiales Agua Clara, C.A.

Comunidad concubinaria. Invenciones y mejoras: Regulación en el campo del derecho civil y en el campo del derecho del trabajo

Mervy Enrique GONZÁLEZ FUENMAYOR*

SUMARIO:

- 1. Comunidad concubinaria: Regulación jurídica en el derecho civil y su tratamiento en el derecho del trabajo.**
- 2. Tesis del enfoque dogmático.**
- 3. La comunidad concubinaria en el campo de las relaciones jurídicas laborales.**
- 4. Invenciones y mejoras: Regulación jurídica en el derecho civil y su tratamiento en el derecho del trabajo.**

Con la aquiescencia de quien fuera nuestro Profesor, Doctor Fernando Parra Aranguren hace casi 35 años, aproximadamente, en las aulas de nuestra muy

* **La Universidad del Zulia**, Profesor Titular de las Escuelas de Derecho y Trabajo Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. En las áreas de Pre y Posgrado: a) Maestría de Derecho Procesal Civil; y b) Maestría de Derecho Laboral y Administración del Trabajo. gofuem@hotmail.com

querida e Ilustre La Universidad del Zulia en la cátedra de Introducción al Derecho y como oyente también de sus clases de Derecho del Trabajo, me he permitido escribir algunas líneas –gracias al espacio que me ha permitido mi estimado profesor– que tienen como centro de reflexión: LA COMUNIDAD CONCUBINARIA Y LAS INVENCIONES O MEJORAS, temas que por su importancia y trascendencia judicial se transforman en verdaderos problemas con aristas bien complejas en el momento en que se requiere la interpretación y aplicación de las normas que subsumen los supuestos jurídicos atañedores a tan importantes temas. Para hacer más tentador el abordaje y resultado de la investigación acudimos a las ramas del Derecho Civil y el Derecho del Trabajo para analizar, precisar e investigar los criterios regulatorios predominantes en ambos campos del derecho.

Esperando que este modesto esfuerzo intelectual pueda ser útil a quien recurre a él y sintiéndome privilegiado por permitírseme formar parte de los profesionales del Derecho que han escrito en homenaje a ese tratadista insigne como Gert Kummerow, agradeceré las observaciones y las críticas constructivas de quien así lo quisiera. Del mismo modo estimo la colaboración de mi Asistente y Discípula, la Abogada Juenny Paz Aguirre

1. COMUNIDAD CONCUBINARIA: REGULACIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO CIVIL Y SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Este trabajo de investigación que hoy presento a la consideración de quienes cultivan el Derecho Civil en el área de los bienes y específicamente relacionadas con la comunidad concubinaria, las invenciones y mejoras, y su proyección comparativa en el mundo de las relaciones laborales, guarda por finalidad precisar y analizar las diferencias y similitudes en cuanto a su tratamiento jurídico por el Derecho Civil y el Derecho del Trabajo.

La metodología que hemos seleccionado impone que centremos inicialmente nuestro esfuerzo cognitivo en los aspectos doctrinarios y conceptuales de algunos institutos jurídicos y estructuras normativas atinentes al Derecho Civil del cual seguramente son oriundas.

En atención a lo que se ha expresado, comencemos pues a desarrollar lo propuesto. La pertinencia científica obliga a viajar por el camino de la historia para precisar en el tiempo lo relativo al concubinato, por ello dejemos que sea el tratadista Cabanellas quien en su obra *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* nos reseña algunos aspectos fundamentales sobre Concubinato.

En el Derecho Romano y en el canónico de los primeros siglos, el concubinato era un verdadero matrimonio, pero contraído con mujer de inferior clase social o de dudosa moralidad. Tal vez por suprimirse las formalidades en uniones mal vistas socialmente, la relación evolucionó al significado exclusivo actual. El argumento civil se funda en la evidencia de que, al desdeñar las leyes u omitirlas, no cabe reconocerle efectos jurídicos a lo hecho sin autorización ni conocimiento de los funcionarios competentes. Además como las creencias no pueden imponerse, pero sí cabe exigir la sumisión de creyentes e incrédulos a la ley estatal, se justifica la obligatoriedad y universalidad del matrimonio civil, y no cabe equiparlo a la improvisación, inestable por esencia, del concubinato.

El concubinato intenta reivindicarse hasta en lo idiomático y adopta hoy, con mucha frecuencia, el rótulo de “Unión Libre”, e incluso se intenta equipararla con el matrimonio legítimo, o sea, la situación de hecho con la de derecho. La seguridad y estabilidad de una institución, cual es la del matrimonio, no pueden parangonarse jurídicamente con la versatilidad y la fragilidad vincular que caracterizan a la unión libre. Fundada ésta más en los impulsos sexuales transitorios que en la responsabilidad de permanente convivencia y en la noble finalidad de crear una familia, su solidez no ofrece garantía alguna. Darle al concubinato la misma categoría que matrimonio, en relación a las personas con capacidad para contraer legítimas nupcias, significaría la destrucción del principio en el cual se basa la unión: la mutua asistencia y defensa de los cónyuges que consagra el matrimonio frente a la espontánea constancia que brindan los compañeros o amantes. La inestable característica del concubinato hace difícil reconocer derechos que sólo subsisten mientras que las partes viven en común y que desaparecen en el momento en que se separan por libérrima decisión de cualquiera de ellas.

El derecho moderno tiende a reconocerle algunos derechos al matrimonio de hecho. Se alega que ciertas relaciones concubinarias ofrecen, para quien no están en el secreto, toda la apariencia de un matrimonio, y que perdura hasta la muerte incluso, contra la fugacidad conyugal allí donde existe un facilitado divorcio.

En materia de accidentes de trabajo, se le reconocen derechos a disfrutar de la indemnización, en caso de fallecimiento de la víctima, a la concubina, a través del fundamental concepto de “dependencia económica”.

(Guillermo Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires-Argentina. Editorial Heliasta 2003. pp. 261-262 Tomo II. 2003).

El prealudido Guillermo Cabanellas, en los párrafos de su autoría transcritos anteriormente, deja un profundo sabor amargo para quienes creen en el principio de la igualdad ante la ley, y más complejamente: en los límites de las categorías de justicia manejada por la ciencia jurídica. ¿Acaso el amancebamiento o concubinato constituyen *per se* un acto injusto? La respuesta nos empuja a visualizar el mundo de los valores, de la ética y de las actitudes que el individuo posee en relación con la percepción del mundo y de la vida. Ello nos sitúa en el plano de reconocerle o no al concubinato efectos jurídicos o al menos un reconocimiento ínfimo de los mismos.

Desde la antiguo el tema ha venido planteándose en las dos posiciones extremas señaladas por el mencionado autor y que se reducen a la visión jurídica o espiritualista de quien opine. Lo paradójico resulta en que ambas corrientes por su radicalidad permiten concluir que el concubinato o es una imitación al matrimonio civil o una falsificación del mismo. Según esto, cabe afirmar que como todo aquello asumido en extremo, permite una conclusión igual, por contrarias y diferentes que sean las posiciones u opiniones. Lo que queremos aseverar es que ambas posiciones a la luz de la ciencia no son del todo verdaderas por lo que el término medio pareciera darnos la solución a un problema subsistente en nuestros días y que gracias a la “Humanización del Derecho” hace permisible que el concubinato como unión de un hombre y una mujer sea reconocido en casi todas las legislaciones del mundo como una situación que genera relaciones y consecuencias jurídicas.

Es de hacer notar que no en todos los países del mundo el tratamiento jurídico del concubinato ha sido igual en vista de que el aspecto religioso ha impedido una percepción real, científica y social de ese objeto de estudio. Así, en los países del Oriente se podría decir que abunda un conjunto de tesis que van desde considerar la pena de muerte para quien se amancebe, llegando al extremo contrario de permitirlo aun con varias mujeres –en el caso del hombre–. En el mundo occidental algunos países hasta hace no muy poco tiempo sólo daban efectos jurídicos al matrimonio eclesiástico (Colombia) por lo cual vivía un amancebamiento la pareja que habiéndose casado civilmente en otro país, no hubiese contraído matrimonio eclesiástico en Colombia. Por otra parte, lo cierto es que la mayoría de las legislaciones, y ello lo evidencia el Derecho Comparado, ha venido reconociendo al concubinato como una comunidad emergente de una unión no matrimonial entre hombre y mu-

jer en los casos de que se mantenga la permanencia en ese estado de unión, incluso las consecuencias jurídicas podrán extenderse entre los herederos de cada uno de ellos.

En otro orden de ideas, la cita que hicimos de Cabanellas toca las llamadas “uniones libres, cuya definición, estructura y forma” no son idénticas en el vasto campo del Derecho ni tampoco en el mundo de lo social, y la experiencia nos da la razón cuando se observa que en algunos países como en el caso norteamericano en el que se entiende por tales las referidas a uniones pasajeras sin carácter de permanencia y aun en los casos que podemos calificar de auténticas perversiones: las uniones de personas del mismo sexo para extraer de ellas consecuencias jurídicas (decisiones judiciales del Estado de Massachusetts. Junio 2004).

En el orden normativo venezolano es necesario que observemos con detenimiento la regulación de la figura jurídica del concubinato en virtud de que dependiendo del escenario regulatorio en el cual la ubiquemos, se materializarán consecuencias que pudieran ser diferentes. Por ahora enfoquemos nuestra visión hacia el campo constitucional diciendo que en el texto de la Constitución del año 1999 se consagra una disposición vinculada al concubinato cuyo contenido es el siguiente:

Artículo 77.- Se protege el matrimonio entre un hombre y una mujer, fundado en el libre consentimiento y en la igualdad absoluta de los derechos y deberes de los cónyuges. Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan con los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio.

El supratranscrito dispositivo constitucional ofrece inicialmente protección al matrimonio monogámico, desconociendo las uniones plurales y aun –con claro sentido ético– las uniones de personas del mismo sexo pero además el sentido protectorio se proyecta a la igualdad absoluta de los deberes y derechos de los cónyuges, con lo cual y de manera definitiva se concreta la igualdad plena e inequívoca del hombre y de la mujer en el matrimonio y en la ley. También la disposición constitucional contiene como proposición normativa el tratamiento jurídico de las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan con los requisitos que establece la ley y que en este caso refiéranse al Código Civil y las que directa o indirectamente se relacionen. Del mismo modo es conveniente precisar que no cualquier unión de hecho puede ser sometida a la protección jurídica destinada a las uniones o relaciones concubinarias, pues se necesita además de la unión y los requisi-

tos que potencialmente contienen las normas especiales, la estabilidad de esas uniones, ya que de lo contrario se incurriría en una distorsión interpretativa si se pudieran considerar las uniones esporádicas como concubinato, pues obviamente allí no están presentes los elementos que hacen del concubinato reglado por nuestro orden normativo, uniones estables, permanentes y cargadas de afectos, espiritualidad, deseo de continuación de la especie o progenie, factores sociales como la posesión de estado la concubina actúa y es reconocida como que si fuera esposa, y el mancebo —no usamos el término concubino por la hostilidad con la que la Real Academia de la Lengua Española y el Derecho venezolano tratan ese vocablo— actúa como un pater familia, como esposo, como padre de su hijos.

Permítasenos que nos valgamos de lo expresado por Juan José Bocaranda E., en su libro *La Comunidad Concubinaria ante la Constitución Venezolana de 1999. El Amparo Constitucional Declarativo*. Caracas. Ediciones Principio-Vigencia. 2001. p. 132. Quien precisa los límites del artículo 77 de la Constitución Nacional abordando tanto la **Tesis del Enfoque Dogmático** como las del **Enfoque Moderno** para concluir estudiando los efectos patrimoniales de ese artículo 77. Pero antes de introducimos al estudio de esas tesis, detengámonos en el análisis general de la comunidad concubinaria, para lo cual hemos recogido la opinión de varios autores incluyendo la del precitado J. J. Bocaranda.

El artículo 767 del Código Civil presupone que la relación concubinaria constituye una unidad de producción. Cuando existe el concubinato cabal, el cual se define como la unión de vidas, permanente, estable y singular de un hombre y de una mujer, conjugado por el lazo espiritual del afecto, quienes cohabitan como si estuviesen unidos en matrimonio, con la posibilidad jurídica, inmediata de contraerlo. Pero si esta unión no ha producido bienes de alguna significación económica, carece de objeto el ejercicio de la acción concubinaria patrimonial.

La Constitución de Venezuela de 1999 ha venido a sembrar los fundamentos para una solución plausible del problema patrimonio-concubinaria, al establecer la igualdad de efectos entre los que genera el matrimonio y los que produce el concubinato. Artículo 77 de la mencionada Carta Magna.

Se entiende como patrimonio concubinaria, a los efectos del artículo 767 del Código Civil, el conjunto de bienes que logran formar o incrementar los concubinos durante la vida de la relación.

El patrimonio concubinario supone un esfuerzo conjunto que de por sí genera una situación de comunidad, en la cual, por tácita remisión al artículo 760 del mismo código, los bienes pertenecen a los dos concubinos en la misma proporción, salvo que, aun presumida la comunidad, alguno de ellos demuestre en juicio la existencia de un pacto previo, en virtud del cual el patrimonio no pertenecía a los dos en igualdad de partes.

Apoyado en la normativa que rige el patrimonio conyugal, podemos definir el patrimonio concubinario como el conjunto de bienes que, en un plano de igualdad, han sido formados o incrementados entre las fecha de inicio y término de la relación concubinaria, conjuntamente por ambos concubinos, mediante su industria, profesión, oficio o trabajo, o por conceptos de frutos, rentas o intereses devengados durante el concubinato, provenientes de bienes comunes o de los peculiares de cada uno de ellos. Y, en general, todos los bienes existentes durante la vida concubinaria, salvo que el interesado pruebe que le son propios. Concurren a la integración del patrimonio concubinario, tanto los principios fundamentales de la igualdad, de la existencia de la comunidad, del comienzo de la comunidad y de la **adefagía patrimonial**, como las disposiciones que rigen y determinan las vertientes de formación de los bienes.

Llamamos **Aporte Laboral**, en general, toda forma de cuantitativa y cualitativamente determinada, de contribuir a generar o aumentar el patrimonio concubinario, teniendo en cuenta que todas las formas de aporte tienen el trabajo como fundamento, siquiera implícito.

Todo acto consciente, teleológicamente determinado, dirigido a la formación o al incremento de los bienes concubinarios, constituye una forma de aporte laboral, cuando implica un desgaste físico y psíquico invertido como una forma de colaboración.

Colaborar puede cualquiera de los “concubinos”. Pero ello no es suficiente: se requiere **Colaborar**, es decir, trabajar mancomunadamente, manifestando preocupación consciente y constante por la economía del grupo familiar.

El aporte laboral es condición ineludible, esencial, para que puedan configurarse los conceptos de comunidad concubinaria y de patrimonio común. Porque mal puede hablarse de comunidad sin la participación de ambos concubinos. Por ello quien no haya realizado ninguna forma de aporte, carece de cualidad, no sólo jurídica sino también moral para reclamar.

El concubinato cabal exigido por el Art. 767 del Código Civil de Venezuela requiere la actividad permanente de un equipo humano, integrado por ambos “concubinos”, abocados a la tarea, más o menos organizada, de sostener e impulsar la vida económica del hogar. Como consecuencia del hecho mismo de la unión, se supone la formación o el incremento paulatino de un conjunto de bienes. Por el hecho mismo de la conjunción de voluntades en torno a dicho objetivo económico, los bienes mancomunadamente formados son propiedad de ambos concubinos y atendida la situación del uno frente al otro, existe una relación de afecto, no una relación laboral, como base para la formación o incremento del patrimonio.

Si pese al esfuerzo conjunto la relación concubinaria resulta económicamente improductiva, por causa de ignorancia, mala administración, mala suerte, etc., es decir, si al cabo de los años no hay bienes concubinarios, carece de objeto plantear la acción prevista por el artículo 767 del CC, además si uno de los concubinos no hace esfuerzo alguno o no lo hace en forma proporcional, carece de legitimación para ejercer la acción concubinaria; si, no obstante la ausencia de contribución laboral, el concubino parasitario interpone la acción concubinaria, el demandado puede alegar y demostrar la ausencia de cualquier forma de aporte laboral del demandante.

El aporte en la formación o el incremento de los bienes concubinarios puede revestir, entre otras, algunas de estas formas:

- El ejercicio de un oficio o de una profesión realizado al margen de las relaciones de trabajo.
 - La realización de una actividad productiva de carácter artesanal, independiente, doméstica.
 - La prestación de servicio en condiciones de subordinación jurídica y económica, conforme a la Ley Orgánica del Trabajo.
 - La realización de los oficios del hogar o atención doméstica que constituye la forma más generosa, esclavizante y generalmente menos reconocida.
- Artículo 88 de la Constitución Nacional de Venezuela.

Existen relaciones concubinarias estables cuyos ingresos permiten a la pareja llevar una vida bastante holgada y donde la mujer no necesita trabajar ni dentro ni fuera del hogar. Su aporte mínimo debe consistir, en estos casos, en ejercer una labor de previsión y de supervisión, vigilancia y conducción, que evidencian cierto grado de interés por la suerte del hogar. Si plantea la

acción concubinaria, el concubino puede alegar y demostrar la vida parasitaria de aquélla, lo que determinaría su exclusión del patrimonio concubinario.

El Aporte Laboral se caracteriza porque:

1.- No se requiere que el aporte laboral sea suficientemente fructífero.

Esta condición no es establecida por la ley y tornaría absolutamente imposible el ejercicio de la acción concubinaria, porque resulta difícil cuantificar en qué medida un trabajo es fructífero, además su apreciación siempre luciría caprichosa.

2.- El aporte laboral no tiene que ser necesariamente directo.

No puede pretenderse que todos y cada uno de los bienes, muebles o inmuebles que integran el patrimonio hayan sido adquiridos mediante el expreso aporte de ambos concubinos.

3.- El Aporte Laboral no tiene que ser necesariamente específico.

No se requiere que cada uno de ellos haya aportado en relación específica de cada bien. Tiene validez un aporte genérico, pues también se está contribuyendo a la formación y al incremento de los bienes.

Existen varias vías de ingreso de los bienes a la comunidad concubinaria:

a) Ora cada concubino realice una actividad o un oficio, ora ejerza una profesión, en todo caso, todas las actividades tienen un denominador común, que es el trabajo. El trabajo genera ingresos por concepto de sueldo, salario, percepción de honorarios profesionales o realización de algún oficio. Por consiguiente, estas actividades desembocan en la adquisición de dinero a través del cual adquieren muebles e inmuebles.

b) Los bienes propios de cada concubino que genera frutos, rentas o interés, constituyen una forma de colaboración, por cuanto conforme a la ley tales productos son bienes de la comunidad.

c) El aumento del valor por bienhechurías¹ (realizadas sobre bienes propios de los concubinos), no es bien propio sino de la comu-

¹ Los mejores de los tratadistas y estudiosos utilizan el vocablo bienhechuría, cuando lo correcto es "BIENECHURA"

nidad. Por consiguiente, esta es otra vía de formación o incremento del patrimonio concubinario y de otra forma de colaborar.

Todas las formas de colaboración en relación con el matrimonio y en relación con el concubinato, se reducen a dos:

- El aporte pecuniario: uno de los concubinos ejerce una profesión, o un oficio o recibe un sueldo o salario y lleva dinero a la casa, con el cual se pagan servicios y se adquieren bienes y se contribuyen al mantenimiento del hogar.
- La realización de los oficios del hogar: el otro concubino realiza labores propias del hogar (asea, lava, plancha, prepara los alimentos) no está aportando nada en dinero en efectivo, pero sí está contribuyendo a la economía del hogar.

Sea cual sea la forma en que se realice, es imprescindible el aporte laboral de ambos concubinos, para que exista comunidad concubinaria. El principio de la igualdad es incompatible con la viveza, la indolencia, la falta de co-laboración.

En la demanda de acción concubinaria, es necesario otorgar suma importancia al aporte laboral, que en todo caso debe ser alegado. El Código Civil no ha eliminado la necesidad de este elemento. Es imposible desvincular realmente la existencia de un patrimonio común, del esfuerzo mancomunado que ha debido servirle de base. La comunidad de bienes implica necesariamente la comunidad de esfuerzos.

Atendiendo al CC, el concubino demandante debe alegar en todo caso el aporte laboral. Pero en cuanto a la carga de probarlo, cuando el concubinato es cabal, cabrían estas dos tesis:

- a) Cuando el concubinato es cabal, el demandante no tendría que probar el aporte laboral en forma expresa y directa, porque la prueba del mismo se daría por vía de la presunción de comunidad. Desde este punto de vista, en la medida en que el concubinato cabal y surja a su favor la presunción de comunidad concubinaria que prevé el artículo 767 del CC, queda entendido el aporte laboral. Correspondería al demandado demostrar por qué cada uno de los bienes en referencia no pertenece a la comunidad.
- b) En todo caso, aun cuando pudiese surgir el favor *probationis* por causa de la presunción de comunidad, el demandante debe demos-

trar, expresa y directamente, el aporte laboral, no porque teóricamente la tesis anterior no aparezca razonable, sino porque, desde un punto de vista práctico el demandante desconoce cuáles serán los alegatos del demandado, entre cuales puede haber el argumento de que el concubinato no es cabal. Por ello debe prepararse e ir dispuesto en forma expresa y directa al aporte laboral respecto a cada uno de los bienes que señala como pertenecientes a la comunidad.

c) Cuando el concubinato no es cabal porque evidentemente carezca de alguna de sus notas esenciales, al revertirse la carga de la prueba por no operar el favor *probationis* inherente a la presunción de comunidad, al demandante le corresponde demostrar la existencia de la relación concubinaria y la existencia de la comunidad. También debe alegar y probar el aporte laboral en forma expresa y directa, respecto de cada uno de los bienes, toda vez que no le cabe hacerlo por vía de presunción.

2. TESIS DEL ENFOQUE DOGMÁTICO

Cuando el artículo 77 de la Constitución Nacional de la República de Venezuela asigna al concubinato “los mismos efectos que al matrimonio”, remite al Capítulo XI, Título IV del **Libro Primero** del Código Civil venezolano. En ninguno de estos renglones encuentran ubicación los derechos hereditarios de los cónyuges.

Abarcar en el concepto de “efectos patrimoniales del matrimonio” los derechos hereditarios, es lo mismo que confundir el Derecho de la Familia con el Derecho de Sucesiones.

Los derechos hereditarios se encuentran previstos en el **Libro Tercero** del Código Civil, en tanto que los efectos patrimoniales del matrimonio se ubican, como ya dijimos, en el **Libro Primero** del mismo código.

Son a tal punto independientes el Derecho de Familia y el Derecho de Sucesiones, que el derecho de la cónyuge a heredar no constituye sino una excepción respecto a la *ratio essendi* de las sucesiones.

El fundamento o razón de ser de las sucesiones es el parentesco, que determina la existencia de una primera categoría con derecho a suceder: los parientes consanguíneos: los hijos y los descendientes, los padres y los ascendientes, los hermanos y los hijos de los hermanos y otros parientes colaterales.

La razón de ser del derecho de los cónyuges a los gananciales descansa sobre dos elementos:

- a) la existencia de un matrimonio válido.
- b) la inexistencia de convención o capitulaciones matrimoniales.⁴

El *totum* patrimonial del cónyuge que fallece está idealmente dividido en dos partes:

- un 50% corresponde íntegramente al cónyuge sobreviviente por concepto de gananciales;
- un 50% restante o patrimonio hereditario, que se reparte entre los herederos, uno de los cuales es el cónyuge sobreviviente.

La igualdad constitucional entre concubinato y matrimonio no comprende, bajo el concepto de “efectos patrimoniales”, el derecho de los concubinos a heredarse recíprocamente.

Sobreentender los alcances patrimoniales del artículo 77 de la Constitución Nacional de la República de Venezuela ocasionaría una distorsión en el ordenamiento jurídico actual, porque absolutizaría la igualdad entre el concubinato y el matrimonio.

Además, la sobreextensión acabaría con la institución matrimonial.

Los gananciales y la masa hereditaria constituyen dos esferas patrimoniales distintas, es cierto. Pero, igualmente lo es, que a los concubinos les asiste idéntico derecho que a los cónyuges, frente a las mismas esferas, si se enfoca la cuestión como debe enfocarse, a saber: tomando como base, no el Código Civil, sino el mandato constitucional que prevalece sobre él.

La misma sentencia que favorece a la concubina demandante en cuanto a la partición de los gananciales, la favorece respecto al derecho hereditario.

La sentencia definitiva y firme donde se declare con lugar la acción concubinaria patrimonial, necesariamente debe contener el pronunciamiento mediante el cual se declare establecida la cualidad concubinaria del demandante.

Como podemos observar, todos los argumentos de la tesis negativa se limitan a una remisión al Código Civil: la posición dogmática no recurre a la constitución, salvo cuando invoca, apenas, el propio artículo 77 de la Constitución y ello con fines limitativos.

Dicha tesis pretende:

- supeditar el mandato constitucional a las previsiones de una ley que, como el Código Civil, le está esencialmente subordinada;
- interpretar el artículo 77 a través de los criterios cerrados que se desprenden de las instituciones jurídicas que consagran el Código Civil;
- Limitar los alcances de la Constitución, condicionándola a lo que, subsistente de estadios históricamente superados, contradice de por sí el espíritu de la norma suprema.

Bien está se admita la remisión de las disposiciones constitucionales a la ley particular, cuando la propia Constitución así lo dispone.

Bien está, también, se admita la remisión implícita de una norma constitucional, a una ley particular preexistente, cuando las disposiciones de ésta se encuentran insufladas de suficiente espíritu de avance humano y social, que responda a los fines de la Constitución y del Estado.

Pero, no es correcta una referencia forzada de la Constitución, a las leyes anteriores, que se caracterizan por una concepción incompatible con los fines modernos de aquélla.

Resultaría no sólo ilógico, sino también histórico, que el mandato del artículo 77 fuese detenido, condicionado o limitado por las disposiciones del Código Civil, pues ello implicaría el absurdo de que la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra bajo la dependencia o subordinación de las leyes que, por el contrario, deben acatar la voluntad constitucional.

Denominador común necesario de todas las hipótesis relativas a los derechos hereditarios de los concubinos, es el principio constitucional de la equiparación, del cual se derivan los corolarios siguientes:

- a) los derechos hereditarios que consagra el Código Civil a favor de los cónyuges, deben reputarse consagrados, sin discriminación alguna, a favor de los concubinos.
- b) *Mutatis mutandis*, los presupuestos que la ley exige a los cónyuges, respecto al goce de los derechos hereditarios, rigen también en relación con los derechos hereditarios de los concubinos.

c) El mismo régimen relativo al orden sucesoral que opera en cuanto a los cónyuges debe operar en cuanto a los concubinos.

d) La institución de la legítima, así como rige a favor de los cónyuges, debe regir también a favor de los concubinos, y así como aquéllos son “herederos forzosos”, éstos también lo son.

Si fallece el concubino mientras convive con la concubina, ésta concurre a la herencia con la viuda de aquél.

Si fallece el concubino después de la ruptura definitiva de la relación concubinaria, subsiste el derecho hereditario de la viuda si no ha habido separación de cuerpos y de bienes. Pero, la ex concubina carece de derecho a tomar parte en la herencia.

No participan en la herencia la concubina, si, cuando tiene lugar el fallecimiento del concubino, ya la relación concubinaria ha desaparecido.

La cónyuge, si, cuando fallece el esposo (concubino), ambos a heredar, la herencia se reparte únicamente entre los hijos habidos en la concubina y los hijos habidos en el matrimonio.

Puede darse el caso de que la concubina, excluida la cónyuge, haya de concurrir a la herencia con los hijos de ésta última.

Puede darse el caso de que la cónyuge, excluida la concubina, haya de concurrir a la herencia con sus propios hijos y con los hijos de ésta.

Con el propósito de ilustrar al lector y para que quede claro que el concubinato recibe un trato casi igual al que se le da a la institución matrimonial, nuestro máximo tribunal en sentencia del 15 de noviembre de 2000 en su Sala de Casación Civil decidió que no se le exige a la concubina probar que su trabajo o, mejor dicho, aporte laboral a la comunidad concubinaria de bienes haya sido fructífero, pues con semejante criterio que estuvo en boga ante de las reforma parcial del Código Civil en el año 1982; destruye la presunción de comunidad de bienes en el concubinato, prácticamente niega esa presunción al discriminar el aporte laboral de la mujer en relación al aporte laboral del hombre al cual –si extremásemos ese criterio– se le consideraría siempre y en todo momento productivo su aporte laboral, en tanto que a la mujer se le exigió en el pasado que probara que su aporte fue fructífero. Esta opinión, en obsequio a la justicia, cambió por lo cual hoy ese extremo

no lo tiene que probar la concubina, quien goza de plena igualdad con el mancebo. Nuestro asombro lo expresamos tal como lo hace el Tribunal Supremo de Justicia en el sentido de que la desigualdad de la mujer frente al hombre ha sido y sigue siendo el escenario más frecuente en el cual combaten la justicia, la legalidad y el machismo histórico propio de nuestra latinidad. Como regalo al lector transcribimos la sentencia en cuestión:

SALA DE CASACIÓN CIVIL

Magistrado ponente Dr. FRANKLIN ARRIECHE G.

En el curso del juicio por reconocimiento y partición de sociedad concubiniaria que sigue la ciudadana **CENOBIA UREÑA VELASCO**, mediante su apoderado JOSÉ ARMANDO VELAZCO RAMÍREZ, contra el ciudadano **GUSTAVO ENRIQUE AGOSTINI OQUENDO**, representado por FREDI ROJAS SIBILA, el Juzgado Superior Tercero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, conociendo en apelación, dictó sentencia definitiva en fecha 30 de noviembre de 1999, en la que confirmó la sentencia apelada que había declarado con lugar la demanda.

Contra la sentencia de alzada anunció recurso de casación la parte demandada.

Admitido dicho recurso se formalizó oportunamente. Hubo contestación, mas no réplica.

Cumplidos los trámites de ley, se declaró concluida la sustanciación, y siendo la oportunidad para decidir, se pasa a hacerlo bajo la ponencia del Magistrado que con tal carácter suscribe el presente fallo en los términos siguientes:

CASACIÓN DE OFICIO

El escrito de formalización carece de elementales requisitos de técnica que lo hacen inadmisibles. En forma previa, denuncia la infracción del artículo 1.651 del Código Civil, que establece, “respecto de los socios entre sí, la prueba de la sociedad deberá hacerse según las reglas generales establecidas en el presente Código para la prueba de las obligaciones”, pero sin señalar cuándo, cómo y de qué manera violó la recurrida dicho artículo. A renglón seguido, denuncia la infracción del ordinal 4º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, al que relaciona con la también violación del artículo 233 *ibídem*, en su segunda parte, y del artículo 1.651 del Código Civil, para

imputar a la recurrida el cargo genérico de haber incurrido en dichas infracciones, pero sin entrar a especificar nuevamente cuándo, cómo y de qué manera no sólo violó la recurrida dichos artículos, sino también en qué grado de relación se encuentra el cargo de inmotivación con la notificación de una causa en estado de suspenso y con la presunta prueba de una sociedad por parte de sus socios.

Sin embargo, la sentencia impugnada incumple el requisito de la congruencia, ya que si bien la recurrida efectúa una relación más o menos completa de los bienes que integrarían la presunta comunidad (folios 128 al 132 y 136 al 138), omite el análisis y las conclusiones sobre otro aspecto importante de la cuestión: la demostración de que la actora vivió permanentemente en unión no matrimonial con el demandado. En efecto, para que obre la presunción de comunidad, conforme al artículo 767 del Código Civil, la mujer debe probar: que se adquirió o aumentó un patrimonio durante la unión de hecho; y que durante el tiempo en que se formó o aumentó el patrimonio vivió en permanente concubinato con el hombre contra quien hace valer la presunción a su favor establecida por el artículo 767 *eiusdem*. La formación o aumento del patrimonio es cosa real, los bienes en comunidad, no importa que existan documentados a nombre de uno sólo de los concubinos, es parte de lo que se pide; basta por tanto, evidenciar su existencia, tal como lo hizo la recurrida. La causa, es decir, el porqué se pide, consiste en la unión concubinaria permanente, respecto de la cual existe en autos el alegato de hechos y la prueba respectiva, pero que no fueron analizados exhaustivamente por la recurrida.

La disposición comentada –se repite–, impone a la mujer la prueba del concubinato permanente, y que durante esa unión no matrimonial se formó o aumentó un patrimonio; con ello se presume la comunidad en los bienes adquiridos. No se exige ahora probar que su trabajo fue fructífero, beneficioso, como lo exigía alguna jurisprudencia consolidada antes de la reforma parcial del Código Civil llevada a cabo en el año de 1982, no sólo porque tal interpretación destruía la presunción con que se quiso defender a la mujer sino que además se colocaría en situación de inferioridad, de desigualdad frente al hombre cuyo trabajo se supone siempre lucrativo, en tanto que en el trabajo común de formar el patrimonio el de ella fue además fructífero. Por consiguiente, perdería dicha presunción su objeto práctico, de remediar una “situación de trascendencia social y económica”, en beneficio de la mujer, si dicha unión hace al hombre de condición privilegiada.

Por las razones precedentes, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 320 del

Código de Procedimiento Civil, casa de oficio el fallo recurrido por haberse infringido el artículo 243 ordinal 5º *eiusdem*, y ordena dictar nueva sentencia en este caso con sujeción a lo establecido en el presente fallo.

DECISIÓN

Por las razones expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, **CASA DE OFICIO** la sentencia recurrida de fecha 30 de noviembre de 1999 y ORDENA al juez superior que resulte competente, dictar nuevo fallo en este proceso con sujeción a lo establecido por esta Sala.

Publíquese y regístrese. Bájese el expediente.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho del Tribunal Supremo de Justicia en Sala de Casación Civil, en Caracas, a los quince (15) días del mes de noviembre de dos mil. Años: 190º de la Independencia y 141º de la Federación.

El Presidente de la Sala y ponente,

FRANKLIN ARRIECHE G.

3. LA COMUNIDAD CONCUBINARIA EN EL CAMPO DE LAS RELACIONES JURÍDICAS LABORALES

Ya hemos analizado en una síntesis muy apretada y en cuanto conviene a esta investigación documental lo relativo a la regulación del concubinato desde el punto de vista del Derecho Civil. Pero el presente trabajo no se detiene en esa frontera sino que quiere extenderlo al campo del Derecho del Trabajo en el cual las situaciones y relaciones jurídicas atañederas a aquella materia, presentan novedades, complejidades y riquezas cognitivas que bien valdría la pena tocar aunque fuese incidentalmente.

En la Ley Orgánica del Trabajo nos encontramos con el artículo 149 cuyo contenido permite inferir las condiciones y requisitos que han de cumplirse para que al cónyuge o concubino (sic) –este vocablo genera hostilidad en la Real Academia Española de la Lengua y en la técnica de redacción legislativa, por lo cual lo más correcto sería hablar de mancebo– se le garantice el disfrute de sus derechos emergentes de una relación laboral, y que conste, no se circunscribe en la ley a los aspectos sexista, pues hombre y mujer gozan de igual protección laboral tanto en el matrimonio como en el concubinato, salvo algunas situaciones especiales en que la mujer por razones de la

maternidad potencial, presente y futura, es destinataria de regulaciones especiales. Dejemos plasmado este artículo en los siguientes términos.

Artículo 149.- El cónyuge o la persona que haga vida marital con el trabajador y aparezca inscrita en los registros del Seguro Social o puede acreditar esa condición con cualquier otro medio de prueba, podrá solicitar del Inspector del Trabajo autorización para recibir del patrono hasta el cincuenta por ciento (50%) del salario devengado por el trabajador, cuando razones de interés familiar y social señalen su necesidad; pero antes de que el Inspector tome determinación al respecto, deberá oír al trabajador interesado y solicitar el parecer del Instituto Nacional del Menor, si hubiere hijos menores, sin perjuicio de las decisiones y providencias que puedan tomar los tribunales respectivos. Esta disposición será aplicable al pago de prestaciones sociales y cualquier otro beneficio a favor del trabajador.

Por otro lado, el artículo 132 dispone que el salario es inembargable pero el mismo puede cederse en su totalidad o en parte a título gratuito u oneroso no solamente al cónyuge sino también a la persona que haga vida marital con el trabajador y, por supuesto, igualmente puede cederlo a los hijos de este último.

Artículo 132.- El derecho al salario es irrenunciable y no puede cederse en todo o en parte, a título gratuito u oneroso, salvo al cónyuge o persona que haga vida marital con el trabajador y a los hijos. Sólo podrá ofrecerse en garantía en los casos y hasta el límite que determine la ley.

PARÁGRAFO ÚNICO: No obstante, en empresas que ocupen más de 50 trabajadores podrá solicitar del patrono que le descuenta de su salario cuotas únicas o periódicas en beneficio del sindicato a que esté afiliado, o de asociaciones benéficas, sociedades civiles y fundaciones sin fines de lucro, cooperativas, organizaciones culturales, artísticas, deportivas u otras de interés social y éste quedará obligado a ello, cuando las beneficiarias hayan cumplido los requisitos para su legalización. El trabajador podrá revocar la autorización cuando lo desee.

El contenido del artículo 132 es categóricamente claro y no deja margen a la interpretación por mucha predisposición que pueda presentar el juzgador para colegir que a la concubina o al mancebo no tienen derecho a que se le pueda ceder el salario del trabajador con quien hace vida marital, puesto que la legislación laboral asume como predominante la combinación de las tesis dogmática y las tesis modernas que ofrecen como resultado el de reconocer una relación concubinaria: cuando es estable, permanente, sin nada por la *afecctio*

espiritualis, la intención de mantenerse unidos para lograr la procreación si fuera el caso aportando cada integrante lo que a bien tenga para consolidar la unión. Aquí es bueno aclarar poco importa si uno de los miembros de la relación concubinaria haya efectuado una porte material porque una mujer que no trabaja formalmente en el campo laboral y que solamente se dedique al cuidado, preservación y aseo del hogar, atención al mancebo, cuidado de los hijos si los hubiere, aunque dicho aporte no pueda medirse tangiblemente, es obvio que el aporte en ese caso es más que evidente por razones que huelgan su comentario.

En otro orden de ideas, justo es que se clarifiquen que los derechos entre los miembros de la relación concubinaria no están limitados a meros derechos de co-propiedad en los bienes que constituyen el acervo concubinario. Ello es un error debido a que según el texto constitucional venezolano de 1999 en su artículo 77 se consagra que los efectos de estas uniones concubinarias son los mismos que los del matrimonio, por lo cual pueda hablarse con propiedad de derechos hereditarios entre los miembros concubinarios y su sucesores.

Es pertinente recordar que la doctrina casacional predominante hasta hace algunos años y conforme a la Constitución Nacional de 1961 estableció lo siguiente:

La antigua Corte Suprema de Justicia en vetusta sentencia de fecha 28-03-1960 transcrita al caletre por el Doctor NERIO PERERA PLANAS en su obra comentada Código Civil Venezolano en su Segunda Edición asentó: ‘La Causa, el por qué se pide, consiste en la Unión Concubinaria permanente y en haber trabajado juntos con el amante durante el tiempo en que se formó o aumentó el patrimonio, pues, como se ha dicho, todo trabajo intelectual o físico en el hogar o fuera de él es productivo. La disposición comentada, se repite, impone a la mujer, la prueba de concubinato permanente, que ha trabajado y que durante éste se formó o aumentó un patrimonio; con ello se presume comunidad en los bienes adquiridos, Comprobada la unión no matrimonial permanente, trabajo y formación o aumento de patrimonio, hay presunción de comunidad...’.

Como se ve, la Corte, en tres párrafos, insiste en los hechos en que, conforme a la interpretación del artículo 767 del Código Civil descansa la presunción *Juris Tantum* contenida en la citada disposición legal, esos hechos son:

- a) Unión Concubinaria permanente;
- b) Trabajo de la Concubina;
- c) Formación o aumento de patrimonio durante el concubinato.

Se hace menester la contemporaneidad de las circunstancias, de hechos anteriores, es decir, que haya concordancia en el tiempo de esas circunstancias para que ellas surtan efectos. Si no existe esa contemporaneidad, no nace el derecho reclamado.

El efecto principal e inmediato de la existencia de la comunidad concubinaria por dar cumplimiento a las exigencias de Ley, está referido al reconocimiento de que los bienes adquiridos durante la permanencia de esta comunidad no matrimonial, pertenecen de por mitad a los concubinos; como podemos observar, tal demostración de existencia lo que hace es que surjan derechos de propiedad de éstos respecto a los bienes que integran la comunidad en referencia, pero en ningún caso esta circunstancia le otorga a los concubinos derechos sucesorales de uno respecto al otro.

Como puede observar fácilmente el lector las consecuencias de ese criterio jurisprudencial son funestas para los miembros de la relación concubinaria, primero porque solamente reconocen derecho de copropiedad entre ellos; los derechos sucesorales se ven comprometidos y casi inexistente, y finalmente si se extrema ese criterio la presunción de comunidad pierde su carácter protectorio toda vez que es casi una prueba imposible demostrar los elementos de la unión concubinaria y su contemporaneidad.

Para mayor abundamiento me permito colacionar y transcribir el texto de la decisión dictada por la Sala de Casación Social de 13 de noviembre de 2001:

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Ponencia del Magistrado **ALFONSO VALBUENA CORDERO**.

En el procedimiento de solicitud de declaratoria de únicos y universales herederos interpuesta por los ciudadanos **MIGUEL CASTEJÓN CADENA, RONALD RICHARD CASTEJÓN LEWIS, GINNY LISANDRA CASTEJÓN CADENA, ROSÁNGEL NATALY CASTEJÓN LEWIS, CHRISTOPHER ANTONIO CASTEJÓN LEWIS y MILAGRO DEL CARMEN & nbsp; LEWIS MELO** quien actúa en su propio nombre y en nombre de los tres

últimos nombrados, representados judicialmente por los abogados Tadeo Dominico Ledón, Iván Francisco Herrera Guevara y Miguel Antonio Ledón Domínguez; el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, conociendo en alzada, dictó sentencia en fecha 15 de junio del año 2001, mediante la cual declaró confirmada con diferente criterio la sentencia dictada por el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la misma circunscripción judicial en fecha 27 de marzo del año 2001 en la cual se niega el carácter de heredera a la ciudadana Milagros del Carmen Lewis Melo, quien fuera presuntamente concubina del difunto Félix Miguel Castejón.

Contra el fallo dictado por el Juzgado Superior, anunció recurso de casación el abogado Miguel Antonio Ledón Domínguez, en su carácter de co-apoderado judicial de la ciudadana Milagros Lewis Melo, el cual fue admitido y posteriormente formalizado. No hubo impugnación.

Recibido el expediente en esta Sala de Casación Social se dio cuenta el 26 de julio del año en curso y en esa misma fecha se designó Ponente al Magistrado Alfonso Valbuena Cordero.

Concluida la sustanciación del presente asunto y siendo la oportunidad legal para ello, pasa esta Sala a decidirlo previas las siguientes consideraciones:

RECURSO POR INFRACCIÓN DE LEY

I

Con base en el numeral 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, el formalizante denuncia la infracción por la recurrida del artículo 509 en concordancia con el artículo 12 *ejusdem* por falta de aplicación, en los siguientes términos:

De conformidad con lo establecido en el ordinal 2º del artículo 313, del Código de Procedimiento Civil DENUNCIO la violación por INFRACCIÓN LEGAL del artículo; 509 del código de procedimiento civil (sic), en concordancia con el artículo; 12 Ejusdem por falta de aplicación, ya que si observamos la sentencia, en ninguna de sus partes contiene el

necesario examen (sic) que es obligación del juzgador efectuar a toda prueba, lo que significa que estas pruebas fueron silenciadas en su totalidad por la recurrida, desatendiendo el juzgado *a quo*, el mandato del artículo; 509 en mención, que lo obliga a analizar y juzgar todas las pruebas que hayan sido promovidas, aún aquellas (sic) que a su Juicio no fueran idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresando el Juez el criterio que se haya hecho de cada una de ellas, por tales motivos de hecho debe prosperar la denuncia de violación a la norma por infracción de ley, para lo cual así pido que sea decretado.

La Sala para decidir observa:

De la anterior transcripción se evidencia que el recurrente no empleó una adecuada técnica para la formulación de la presente denuncia. En efecto, delata que la recurrida incurrió en el vicio de silencio de pruebas, ya que en ninguna de sus partes contiene el necesario examen de toda prueba. Tal vicio es denunciante bajo un recurso por defecto de actividad con fundamento en el numeral 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, por el vicio de inmotivación por silencio de pruebas, con la infracción del numeral 4° del artículo 243 *ejusdem*, razón por la que no puede esta Sala conocer la presente delación.

Por las anteriores consideraciones, ésta Sala desecha la presente denuncia por falta de una adecuada técnica casacional y así se decide.

II

Con base en el numeral 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, el formalizante denuncia la infracción por la recurrida del artículo 767 del Código Civil, por errónea interpretación y falsa aplicación, de la siguiente manera:

De conformidad con lo establecido en el ordinal 2° del artículo; 313, del código de procedimiento civil (sic) DENUNCIO, la violación por INFRACCIÓN LEGAL del artículo; 767 del código de procedimiento civil (sic), por ERRÓNEA INTERPRETACIÓN Y FALSA APLICACIÓN, ya que estando plenamente demostrado con los elementos de autos, como el acta de concubinato hecha por mi representada y el difunto FÉLIX CASTEJÓN, con la solicitud conjunta

de mi representada con el difunto FÉLIX CASTEJÓN de un crédito para vivienda familiar para reforzar la estabilidad de su familia, con la constancia de partidas de nacimientos de sus hijos, el acta de defunción, de todos estos (sic) recaudos se evidencia la relación estable de concubinato entre las partes, y que la recurrido (sic) dio valor legal por no ser impugnadas, como se observa están llenos los requisitos para la procedencia de la relación concubinaria, tal presunción concubinaria la reconoce la misma recurrida cuando dispone lo siguiente: ‘EN VIRTUD DE LA CUAL NIEGA EL CARÁCTER DE HEREDERA A LA CIUDADANA MILAGROS DEL CARMEN LEWIS MELO, PLENAMENTE IDENTIFICADA EN AUTOS, DE QUIEN PRESUNTAMENTE FUERA SU CONCUBINO, EL EXTINTO FÉLIX MIGUEL CASTEJÓN’ el tribunal superior interpretó la disposición en cuestión (Art.; 767) de la siguiente forma; ‘.....; COMO PODEMOS OBSERVAR, TAL DEMOSTRACIÓN DE EXISTENCIA LO QUE HACE ES QUE SURJAN DERECHOS DE PROPIEDAD DE ESTOS (sic) RESPECTO A LOS BIENES QUE INTEGRAN LA COMUNIDAD EN REFERENCIA, PERO EN NINGÚN CASO ESTA (sic) CIRCUNSTANCIA LE OTORGA A LOS CONCUBINOS DERECHOS SUCESORALES DE UNO RESPECTO AL OTRO’.

Por lo tanto, la Jueza debió dictar su decisión basado en el artículo; 767, en concordancia con el artículo 77 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, por constituir estos (sic) los presupuestos necesarios para toda relación concubinaria, pero la Jueza superior ERRO (sic) en la aplicación de esta artículo, y al hacerlo como lo hizo aplicó falsamente este (sic) dispositivo legal al presente caso, ya que debió aplicar los efectos legales del matrimonio como lo prevé el artículo; 77 Ejusdem, y el código civil (sic) prevé un capítulo especial de los efectos del matrimonio, que no es únicamente de carácter patrimonial, como lo alega la recurrida, sino de carácter general aplicable a las relaciones maritales, por mandato de la Constitución (Art.; 77).

La Sala para decidir observa:

En primer lugar, evidencia la Sala que el formalizante aduce que la recurrida incurrió en la errónea interpretación y falsa aplicación del artículo 767 del Código Civil, lo cual no puede ser delatado de forma conjunta, pues se tratan de supuestos de hechos distintos. No

obstante ello, la Sala entiende que lo que quiso denunciar el formalizante fue la errónea interpretación de dicho artículo y de esa forma se pasa a conocer:

Para verificar lo alegado por el formalizante, es necesario extraer parte de lo establecido por la recurrida:

La antigua Corte Suprema de Justicia en vetusta sentencia de fecha 28-03-1960 transcrita al caletre por el Doctor NERIO PERERA PLANAS en su obra comentada Código Civil Venezolano en su Segunda Edición asentó: ‘La Causa, el por qué se pide, consiste en la Unión Concubinaria permanente y en haber trabajado juntos con el amante durante el tiempo en que se formó o aumentó el patrimonio, pues, como se ha dicho, todo trabajo intelectual o físico en el hogar fuera de él es productivo. La disposición comentada, se repite, impone a la mujer, la prueba de concubinato permanente, que ha trabajado y que durante éste se formó o aumentó un patrimonio; con ello se presume comunidad en los bienes adquiridos, Comprobada la unión no Matrimonial permanente, trabajo y formación o aumento de patrimonio, hay presunción de comunidad...’.

Como se ve, la Corte, en tres párrafos, insiste en los hechos en que, conforme a la interpretación del artículo 767 del Código Civil descansa la presunción Juris Tantum contenida en la citada disposición legal, esos hechos son:

- a) Unión Concubinaria permanente,
- b) Trabajo de la Concubina,
- c) Formación o aumento de patrimonio durante el concubinato.

Se hace menester la contemporaneidad de las circunstancias, de hechos anteriores, es decir, que haya concordancia en el tiempo de esas circunstancias para que ellas surtan efectos. Si no existe esa contemporaneidad, no nace el derecho reclamado.

El efecto principal e inmediato de la existencia de la comunidad concubinaria por dar cumplimiento a las exigencias de Ley, está referido al reconocimiento de que los bienes adquiridos durante la permanencia de esta comunidad no matrimonial, pertenecen de por mitad a los concubinos; como podemos observar, tal demostración

de existencia lo que hace es que surjan derechos de propiedad de éstos respecto a los bienes que integran la comunidad en referencia, pero en ningún caso esta circunstancia le otorga a los concubinos derechos sucesorales de uno respecto al otro.

El Doctor Arquímedes E. González F. en su texto actualizado según Constitución de 1999, que se titula 'El Concubinato' ha expresado que, 'cuando se trata de los bienes de la herencia, es natural que a los herederos les toque probar la existencia de la comunidad concubinaria y ya al analizar el contenido del artículo 767 del Código Civil, concluimos que la mejor prueba es la posesión de estado que requiere que se pruebe: trato, fama y constancia. Es bueno dejar en claro que las acciones derivadas de herencia pueden darse por un concubino contra los sucesores del otro y, pueden darse incluso entre sucesores del uno y los sucesores del otro'.

Del análisis de lo antes transcrito, no se puede evidenciar una errónea interpretación del artículo 767 del Código Civil por parte del Juez sentenciador de la recurrida, pues de conformidad con el criterio establecido por este Máximo Tribunal, y que fuera expuesto en la sentencia de Alzada, de tal norma se desprende que para presumir la comunidad exista una unión concubinaria permanente, trabajo de la concubina y aumento del patrimonio durante el concubinato, por lo que al llegar la recurrida a la conclusión que los hechos y pruebas aportadas no eran suficientes para dar por demostrada dicha comunidad, al no llenar los extremos de ley requeridos para ello, no incurre en su errónea interpretación. Así se decide.

En este mismo sentido, se ha pronunciado este Máximo Tribunal en Sala de Casación Civil con respecto a la presunción de comunidad, en sentencia de fecha 15 de noviembre del año 2000:

En efecto, para que obre la presunción de comunidad, conforme al artículo 767 del Código Civil, la mujer debe probar: que se adquirió o aumentó un patrimonio durante la unión de hecho; y que durante el tiempo en que se formó o aumentó el patrimonio vivió en permanente concubinato con el hombre contra quien hace valer la presunción a su favor establecida por el artículo 767 *eiusdem*. La formación o aumento del patrimonio es cosa real, los bienes en comunidad, no importa que existan documentados a nombre de uno

solo de los concubinos, es parte de lo que se pide; basta por tanto, evidenciar su existencia, tal como lo hizo la recurrida. La causa, es decir, el porqué se pide, consiste en la unión concubinaria permanente, respecto de la cual existe en autos el alegato de hechos y la prueba respectiva, pero que no fueron analizados exhaustivamente por la recurrida.

En razón de lo antes expuesto, no incurre el fallo recurrido en la errónea interpretación del artículo 767 del Código Civil, razón por la cual esta Sala declara la improcedencia de la presente denuncia y así se resuelve.

III

Con base en el numeral 2 del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, el formalizante denuncia la infracción por parte de la recurrida del artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela por falta de aplicación, en los términos siguientes:

De conformidad con lo establecido en el Ordinal 2º del artículo; 313, del código procesal civil (sic), DENUNCIO la violación por INFRACCIÓN DE LEY, del artículo; 77 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, por FALTA de APLICACIÓN al presente caso, ya que dicho artículo consagra lo siguiente; ‘.....LAS UNIONES ESTABLES DE HECHO ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER QUE CUMPLAN LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS POR LA LEY PRODUCIRAN (sic) LOS MISMOS EFECTOS QUE EL MATRIMONIO’.

Como se puede apreciar de este artículo, las uniones estables de hecho entre hombre y mujer tienen los mismos efectos que el matrimonio, y como quiera que en este (sic) caso se cumplen los extremos legales que prevé el artículo; 767 del código procesal civil (sic) para la existencia de la relación concubinaria, el juzgador *a quo*, debió aplicar este (sic) artículo; 77 de la Constitución al caso de autos, y al no hacerlo incurrió en el vicio denunciado como violado.

La Sala para decidir observa:

Señala el formalizante que en el presente caso se cumplen los extremos legales establecidos en el artículo 767 del Código Civil para la existencia de la relación concubinaria y que por tal motivo,

el sentenciador de Alzada ha debido aplicar la norma contenida en el artículo 77 de la Constitución de la República.

Ahora bien, el juez sentenciador de la recurrida al establecer que no puede prosperar la pretensión derivada de una presunta comunidad concubinaria de la ciudadana Milagro del Carmen Lewis Melo, en base a las pruebas de autos, por cuanto no demostró los tres supuestos básicos establecidos en el artículo 767 del Código Civil, aplicó, aun cuando no lo menciona expresamente, el delatado artículo 77 de la Constitución de la República, que consagra y equipara los efectos matrimoniales a las uniones de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos de ley, puesto que, como ya se dijo, al verificar si se cumplen o no los extremos de ley para declarar la presunción o no de la comunidad concubinaria de conformidad con el artículo 767 del Código Civil, se aplicó lo establecido en el citado artículo 77 de la Constitución de la República.

En razón de lo antes expuesto, no incurre el fallo recurrido la falta de aplicación del artículo 77 de la Constitución de la República, razón por la cual esta Sala declara la improcedencia de la presente denuncia y así se resuelve.

IV

Con base en el numeral 2 del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, el formalizante denuncia la infracción por parte de la recurrida del artículo 823 del Código Civil, en concordancia con el artículo 77 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por falta de aplicación, en los siguientes términos:

De conformidad con lo establecido en el Ordinal 2º del artículo; 313 del Código de Procedimiento Civil, DENUNCIO la violación por INFRACCIÓN DE LEY, del artículo: 823 del Código Civil, en concordancia con el artículo; 77 de la Constitución Bolivariana de Venezuela por FALTA DE APLICACIÓN, en el sentido que cumplidos los extremos de ley en la relación marital como lo reconoce la sentencia recurrida cuando dispone; ‘...; DE QUIEN PRESUNTAMENTE FUERA SU CONCUBINO, EL EXTINTO FÉLIX MIGUEL CASTEJÓN’, lo que constituye una relación estable, y que da lugar a la institución del concubinato, creando los mismos efectos del matrimonio, tal como lo dice la doctrina en el libro de derechos de sucesiones ‘LA LEGÍTIMA (sic) EN EL DERECHO CIVIL VENE-

ZOLANO' p. 412, 'el vinculo (sic) matrimonial produce entre múltiples efectos el derivado de la sucesión mortis causa de los cónyuges entre si' y por lo tanto, debe prosperar la aplicación del artículo; 823, en comento, por disponerlo así el artículo; 77 de la Constitución Nacional, que le confiere a esa relación (Art.; 767) los efectos del matrimonio y que le fueron dados por la constitución al concubinato (Art.: 77) dispositivos legales que no fueron aplicados en este (sic) caso, por lo cual debe prosperar la denuncia formulada.

La Sala para decidir observa:

Denuncia el formalizante la falta de aplicación del artículo 823 del Código Civil relativo a los derechos sucesorales que crea el matrimonio para el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate, en concordancia con el artículo 77 de la Constitución de la República.

Ahora bien, el sentenciador de la recurrida no presume la comunidad concubinaria con respecto a la ciudadana Milagro del Carmen Lewis Melo, motivo por el cual niega su carácter de heredera. Siendo así, mal puede aplicar de la norma delatada, como lo es el artículo 823 del Código Civil, que consagra los derechos sucesorales en el matrimonio para el cónyuge de la persona de cuya sucesión se trate, pues en el presente caso se solicita la declaratoria de presunción de la comunidad en casos de unión no matrimonial.

En razón de lo antes expuesto, no incurre el fallo recurrido en la falta de aplicación del artículo 823 del Código Civil, razón por la cual esta Sala declara la improcedencia de la presente denuncia y así se resuelve.

V

Con base en el numeral 2 del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, denuncia el formalizante la infracción por la recurrida del artículo 824 del Código Civil por falta de aplicación, alegando lo siguiente:

De conformidad con lo establecido en el ordinal 2º del artículo; 313, del código procesal civil (sic), DENUNCIO la violación por INFRACCIÓN DE LEY, del artículo; 824, del Código Civil, POR FALTA DE APLICACIÓN, al negarse a aplicar los efectos legales de esta (sic) norma, la cual dice; EL VIUDO O LA VIUDA CON-

CURREN CON LOS DESCENDIENTES CUYA FILIACIÓN ESTE (sic) LEGALMENTE COMPROBADA, TOMANDO UNA PARTE IGUAL A LA DE UN HIJO que como consecuencia del artículo; 77, tiene plena aplicación en este caso, por imperio de la constitución, el cual no fue aplicado por la Jueza recurrida, violando por infracción de ley dicha norma legal, razón por la cual dicha denuncia debe prosperar en derecho.

La Sala para decidir observa:

Aduce el formalizante la falta de aplicación por la recurrida del artículo 824 del Código Civil, lo cual a criterio de la Sala no es procedente al igual que las anteriores denuncias, puesto que mal podía aplicar el juez sentenciador de la recurrida la consecuencia jurídica de dicho precepto legal a una solicitud que no se corresponde con lo allí establecido, así, al decidir la recurrida que no quedó demostrado los supuestos establecidos en el artículo 767 *ejusdem*, no podía en consecuencia reconocer los efectos legales que se desprenden del artículo 824 del Código Civil, por referirse a los derechos sucesorales en el matrimonio. Así se decide.

En razón de lo antes expuesto, no incurre el fallo recurrido en la falta de aplicación del artículo 824 del Código Civil, razón por la cual esta Sala declara la improcedencia de la presente denuncia y así se resuelve.

DECISIÓN

En mérito de las anteriores consideraciones, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley declara: **SIN LUGAR** el recurso de casación anunciado por la representación judicial de la ciudadana MILAGRO DEL CARMEN LEWIS MELO, contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico en fecha 15 de junio del año 2001.

Publíquese y regístrese. Remítase el expediente al Tribunal de la causa, es decir, a la Sala de Juicio N° 2 del Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, participándole dicha remisión al Juzgado Superior

antes mencionado, todo de conformidad con lo establecido en el artículo 326 del Código de Procedimiento Civil.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los trece (13) días del mes de noviembre del año dos mil uno. Años: 191° de la Independencia y 142° de la Federación.

El Presidente de la Sala,

OMAR ALFREDO MORA DÍAZ

Del texto de la sentencia anterior emergen los siguientes asertos:

- La comunidad concubinaria o mejor dicho su presunción es de carácter *iuris tantum*.
- Los elementos de esa comunidad deben ser demostrados cumpliendo los extremos que la ley señala para ello.
- La prueba de la comunidad concubinaria permite excluir las uniones poco estables y con sentido y fin distinto a las uniones permanentes en las cuales existe un sentimiento de mantenerse unidos en el tiempo incluyendo la procreación y por supuesto el aumento del patrimonio económico de esas relaciones.
- El criterio casacional señalado anteriormente deja ver que en cuanto a las consecuencias patrimoniales de las uniones concubinarias poco importa que los bienes habidos en las mismas se encuentren a nombre o documentados a favor de uno solo de los miembros, porque como ya se ha dicho ante la amplitud en materia probatoria en estos casos es notoria y por otro lado siempre existe la posibilidad de que uno de los miembros del concubinato haya aportado únicamente su trabajo en el hogar, no obstante ello no implica su falta de esfuerzo o aporte en el fomento de los bienes concubinarios.
- Adicionalmente y más allá de lo expresado en la sentencia a de concluirse que los efectos de la relación concubinaria son los mismos que pudieran generarse en las uniones matrimoniales siempre que las referidas relaciones concubinarias cumpla con los requisitos constitucionales, legales y cualesquiera otro que el ordenamiento jurídico venezolano así lo exija.

Un aspecto digno de profundizarse en la investigación es el relacionado con la previsiones del artículo 88 del texto constitucional venezolano vigente desde el 30 de diciembre de 1999 cuyo contenido introduce entre otros elementos dos que particularmente nos interesa señalar constituidos por: a) reconocimiento del trabajo del hogar como una actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social y b) el reconocimiento del derecho que poseen las amas de casas a la seguridad social conforme a la ley especial de la materia cuales es Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social.

Estos temas con seguridad darán mucho espacio para escribir, analizar e investigar y ello dependerá mucho de la manera y forma en los cuales nuestros tribunales vayan decidiendo y resolviendo esas cuestiones. Por de pronto me permito citar al Ius Laboralista Gerardo Mille Mille. *Temas Laborales*. Volumen XIII. *Derecho del Trabajo en la Constitución Bolivariana y Comentarios sobre Legislación. Laboral*. Caracas. Venezuela Paredes Editores. 2001. pp. 26 y 28.

Aspectos novedosos en el artículo 88 de la CRBV:

a) Trabajos en el hogar.

b) Amas de casa: Derecho a la seguridad social.

La constitución recientemente sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente, cuya aprobación se sometió a la voluntad popular a través de un referendo, para entrar en vigencia el día de su publicación en la Gaceta Oficial, es tal vez más detallista de lo necesario, pues contiene disposiciones que según la tradición legislativa venezolana, son más propias de las leyes que desarrollan la Carta Magna. Tal es el caso, por ejemplo, del artículo 90 que señala la duración máxima de las jornadas diurna y nocturna.

El trabajo del hogar como actividad económica que crea valor agregado.

En la transcrita disposición interesa destacar una parte totalmente novedosa y sin antecedentes en el ordenamiento jurídico venezolano; y es que tanto el hombre como la mujer que hagan vida hogareña matrimonial o concubinaria, o que simplemente conviven en un mismo sitio (por ejemplo, hermanos bajo un mismo techo) y que realicen las labores domésticas que facilitan la vida diaria de la pareja o de la otra persona en el sitio que se tiene como asiento residencial, están a la vez desarrollando una actividad económica que crea valor agregado y produce riqueza y bienestar social. En otras palabras el personaje que popularmente se denomina “Ama de Casa” realiza en el mantenimiento

diario del hogar una labor de incuestionable significación económica, pues se trata de una actividad creadora de riqueza.

Pensamos que la expresión “Trabajo del Hogar” contenida en el texto constitucional, interpretada en la vida diaria a través de un lenguaje simple, significa o engloba un conjunto de quehaceres domésticos que constituyen el punto de partida o si, se prefiere, el basamento casi imperceptible del movimiento social rutinario; es algo así como el motor silencioso y casi imperceptible que le permite al presidente de una empresa llegar cómodo, descansado, a tiempo y con buen humor, a esa reunión de trabajo en la que se tomarán decisiones de significación para el desarrollo económico de la organización.

Si bien se ha dicho que la familia es la célula por excelencia de la sociedad; debe también decirse que el trabajo del hogar es punto de apoyo fundamental del grupo familiar. Y como todo trabajo, el “trabajo del hogar” tiene un importante alcance económico que en nuestro concepto crea, para quien lo realiza, el derecho de participar en las ganancias y beneficios logrados por quien se beneficia del mismo. Es más, opinamos que el valor económico del trabajo del hogar u “oficios hogareños” como también se la ha denominado, al ser cuantificable en dinero, da pie, en una interpretación extensiva del texto constitucional, a considerar jurídicamente viable un cobro de prestaciones sociales o figura similar por parte del trabajador hogareño, a quien obviamente debemos diferenciar o separar del denominado trabajador doméstico, previsto en los artículos 274 al 290 de la ley Orgánica del Trabajo.

Para concluir este punto, basta añadir que la Asamblea Nacional Constituyente, fue muy acertada en todas sus consideraciones sobre la situación en que se encuentra la mayor parte de la población venezolana que desde hace algún tiempo vive en estado de pobreza crítica, tal como el caso de aproximadamente el 82% de los venezolanos y carece de ingresos suficientes que le permita cubrir los gastos involucrados en atención médica y hospitalaria, además del costo de medicinas tanto usuales o rutinarias como las de especial requerimiento. Siendo necesario añadir, a todo esto, la necesidad de un ingreso mínimo fijo que garantice la subsistencia a manera de pensión de pobreza o desempleo, conformado así los aspectos fundamentales de la seguridad social. Se entiende entonces que el artículo 88 de la CRBV haya establecido que la amas de casa tienen derecho a la seguridad social de conformidad con la ley.

Los párrafos anteriores de la autoría de Mille sólo deben tomarse como un punto de partida para un examen posterior más profundo, complejo e integral

de los temas atinentes a las amas de casa, del trabajo del hogar y también a lo referido a “actividad económica que será valor agregado y produce riqueza y bienestar social”.

- ¿Acaso el constituyente no habrá querido desplazar estos temas eminentemente laborales hacia el campo económico en el cual las variables para precisar lo que es “el valor agregado” y riqueza”, son totalmente distintos y especiales a los que pudiera manejarse superficialmente en otras disciplinas científicas?
- ¿No estaremos viviendo quizás en el texto constitucional y para muestra en ese artículo 88 una consecuencia de ese fenómeno que llaman globalización y que entre otros fines se orienta a vincular asuntos, temas actividades e instituciones para materializar un fin común que por lo regular es económico?
- ¿Qué consecuencias produce esta disposición constitucional en el tratamiento que hasta hoy se le da a la comunidad concubিনaria en materia civil y su proyección al mundo laboral?
- ¿“Qué debe de entenderse por trabajo del hogar” y qué por “ama de casa”?

El espacio que se nos ha dado para estudiar la comunidad concubিনaria nos impide centrarnos en las respuestas a esa problemática, lo que haremos seguramente en un trabajo posterior pero dejamos en manos de los estudiosos el auxilio que le puedan prestar a la ciencia laboral para la solución de estos problemas.

Es prudente señalar igualmente que existen otras áreas en el campo laboral en las cuales se dejan sentir los efectos de la comunidad concubিনaria siendo uno de ellos el relativo a la indemnización en caso de muerte del trabajador, bien por accidente o enfermedad profesional. Allí es necesario que se mencione que la concubina o el mancebo tienen derecho a reclamar las indemnizaciones en caso de muerte o enfermedad profesional del otro miembro de la pareja que haya sido víctima de esta circunstancia, así lo establecen los artículos 567 y 568 de la Ley Orgánica del Trabajo pero además el artículo 569 *ejusdem* señala el principio de la igualdad de derechos de los beneficiarios que se señala en el artículo 568 por lo que si estos últimos llegasen a solicitar bien simultáneamente o de manera sucesiva, el producto de la indemnización deberá ser asignada por igual y por cabeza. Resulta ilustrativo

mentar que el parágrafo único del artículo 568 *ejusdem* consagra el des-vestimiento de la indumentaria sucesoral de los beneficiarios de la concubina o mancebo víctima de un accidente o enfermedad profesional. Esta situación conlleva el desconocimiento de las consecuencias tributarias o fiscales obligatorias en las sucesiones hereditarias pero inexistentes en la masa formada por los bienes o el dinero que deban asignarse por motivo de la muerte, accidente o enfermedad profesional del trabajador a los beneficiarios indicados en el artículo 568 *ejusdem*.

4. INVENCIONES Y MEJORAS: REGULACIÓN JURÍDICA EN EL DERECHO CIVIL Y SU TRATAMIENTO EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Abusando de quien nos cede el espacio del escrito para plasmar en letra impresa nuestras inquietudes debemos analizar aunque sea en forma somera un tema tan importante como las invenciones y mejoras sobre todo por las consecuencias de orden jurídico, económico y social que se materializan a favor de su autor o de quien permitió que tal invención o mejora se produjera. Son estos algunos de los problemas que se plantean en esta temática.

En el ámbito del desempeño de actividades laborales, se pueden producir las llamadas invenciones o mejoras, las cuales consisten en la creación, por parte de un trabajador, de algún instrumento, mecanismo, diseño o proceso que permite al patrono utilizarlo dentro del sistema de producción o de actividades de la industria, brindándole un provecho que no obtenía antes de implementar dicho invento o mejora.

La Ley Orgánica del Trabajo Vigente en su Título II, Capítulo III, artículo 80 y siguientes, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 de su Reglamento, regula lo concerniente a las Invenciones y Mejoras, con ocasión de la relación de trabajo, estableciendo:

Artículo 80.- Las invenciones o mejoras realizadas por el trabajador podrán considerarse como:

- a) De servicio;
- b) De empresa; y
- c) Libres u ocasionales.

Se fijan los parámetros para adjudicar el Derecho de Propiedad y otros Derechos para el patrono y el trabajador. Mucho se ha discutido en relación al

sentido de pertenencia y sobre el derecho de propiedad del invento o mejora, existiendo posturas radicales en el sentido de que el producto del intelecto humano es en principio un bien propio del sujeto pensante, y por otra parte, exegéticamente, la ley establece quién será el propietario de la mejora o invento; en este sentido, y por imperio de la ley, establece el artículo 84 *ejusdem* “la propiedad de las invenciones o mejoras de servicio o de empresa corresponderá al patrono... *omissis*”, el artículo 85 de la citada ley señala: “la propiedad de las invenciones libres u ocasionales corresponderá al inventor... *omissis*”;

Desarrollando el orden que nos hemos propuesto, es útil aprovechar el texto de la siguiente cita que involucra no solamente las definiciones de invenciones y mejoras, algunas precisiones de tipo conceptual además de su tratamiento en otras legislaciones.

Durante la prestación laboral, por inspiración conexa, resultado de su experiencia, fruto de la observación y hasta por mera casualidad, el trabajador puede efectuar inventos o introducir substanciales mejoras en las técnicas y equipos. La combinación de la idea personal con la oportunidad material brindada por la empresa lleva, en cuanto a invenciones laborales, a discrepar acerca de si la explotación de los descubrimientos debe corresponder al que los trazó, a quien los posibilitó o a fórmulas mixtas.

Por las diversas modalidades, los inventos se clasifican en tres grupos: a) de trabajo o de servicio, resultado de una actividad encaminada precisamente a esa invención y, en consecuencia, perteneciente al empresario; b) inventos ocasionales, sin haber sido contratado para efectuar invención alguna y debida al espíritu de observación y habilidad particulares, aunque con elementos de la empresa; en que ha de distinguirse si el invento se ha logrado distrayendo tiempo y medios de la empresa, que le concedieran a ésta ciertos derechos, o si el trabajador se ha limitado durante sus tareas a la ideación, complementada fuera del establecimiento y al margen de sus deberes laborales, en que la invención le pertenece por entero; c) inventos ajenos al trabajo, aunque debidos al trabajador y aplicables en su actividad; pero extraño a los servicios en la génesis, tanteos y experimentaciones; supuesto en que, por faltar conexión con el contrato y con el desempeño laboral, la invención le corresponde íntegramente a su creador.

De Litala sostiene que “la invención del trabajador no puede pasar a formar parte del patrimonio del dador de trabajo, si tal hipótesis no fue prevista y expresamente estipulada en el contrato. Al dador de trabajo le presta el trabajador su obra normal, y está obligado a darle el resultado útil del trabajo previsto en el contrato; pero una invención no entra normalmente en el resultado previsto en el contrato; por consiguiente, no puede el dador de trabajo convertirse en su propietario más que adquiriéndola; pues, de otro modo, se enriquecería indebidamente en daño del trabajador al que pertenece la invención.

Cuando se contrata a un trabajador para que se entregue exclusivamente a desarrollar un invento propio, el contrato no es de trabajo; no sólo por lo aleatorio del resultado, sino porque no existe, ni puede existir, dada la índole de la prestación, trabajo subordinado. La situación del contratado para tal fin debe ser lo bastante independiente como para poseer una libertad de acción contraria en absoluto al trabajo subordinado. Esa libertad de acción será la que determine, o no, el carácter del trabajo libre o de trabajo subordinado.

Caso distinto se presenta con una empresa que se constituya para desarrollar ciertos descubrimientos o inventos y utiliza para ello el trabajo de obreros y técnicos; entonces, no sólo los contratos son de trabajo, sino que la obra lograda será, aun proveniente de la actividad mancomunada de varios o de muchos, el resultado general de la iniciativa de la empresa. Sin embargo, parece justo que, si los beneficios son desproporcionados con el costo de la invención, participe en ellos el trabajador, en medición adecuada a la intervención tenida.

Legislativamente, el texto español sobre contrato de trabajo distingue las tres clases de invenciones y estructura así tanto los derechos como las obligaciones que de ellas se derivan.

Según la ley de 1957 de la República Federal Alemana, al inventor asalariado se le reconoce derecho a una justa indemnización, que tendrá en cuenta la utilidad económica del invento, las funciones que desempeñe el trabajador de la empresa y la contribución de ésta a la realización del descubrimiento. En Austria, el invento asalariado cuenta con derecho a un resarcimiento como contrapartida de ceder al empresario el invento de servicio. Similares preceptos rigen en Italia y Holanda, con la especificación de que la indemnización pro-

cede, hasta contra renuncia del inventor, de existir considerable desproporción entre el valor del invento y la retribución normal del trabajador autor de aquél. En Rusia se le expide al trabajador que materializa algún invento un certificado que lo acredita como tal, se le concede una remuneración justa y se le otorgan algunas otras ventajas personales o materiales.

Según la legislación italiana, se consideran como efectuados durante el empleo los inventos cuya patente se solicita por un ex trabajador antes de transcurrido un año de cesar en sus tareas en la empresa que pueda sentirse afectada por la innovación.

Hay que tender y que llegar cuanto antes a afirmar en toda circunstancia, sea durante el desempeño de servicios en una empresa que haya sugerido lo innovador o después de dejada la misma, que los inventos son propiedad exclusiva de quien los realiza. Por más que una empresa o el desempeño de una actividad haya cooperado al invento, resulta irrefutable que esas mismas condiciones se habían dado con anterioridad ante decenas, centenas o millares de otros trabajadores similares sin provocar ni sugerir nada. La causa única del invento se halla en la inspiración, en la habilidad o en la personalidad de quien lo concreta. No existe en esto generación conjunta, en que la paternidad corresponda al inventor y la maternidad a la empresa en cuyo seno se ha producido tal concepción. Se está ante un fenómeno similar al de la fecundidad biológica por unicidad.

Como garantía de equilibrio social y de respeto jurídico, el derecho del inventor laboral podría someterse a un derecho de retracto en caso de enajenarse su explotación, a favor de la empresa en que de manera evidente, con prueba a su cargo, se hubiera registrado. Y por supuesto, con observancia de las reglas vigentes que precaven contra la competencia desleal de los ex agentes de una empresa". (Cabanellas Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires-Argentina. Editorial Heliasta. Año 2003. Tomo IV.)

Aunque huelgan los comentarios, no obstante cabría agregar que en la actualidad este aspecto de las invenciones y mejoras ha venido modificándose en virtud de que hoy el "trabajo" ya no es una mercancía sino un "hecho social" y, en consecuencia, la invención o mejora no puede reducirse al tratamiento meramente patrimonial o técnico con el cual lo aborda el Derecho Civil. Hoy, con el prisma del Derecho Laboral, puede concluirse de manera tajante y muy

categoría en algunos casos poco importa que sea el mismo patrono quien le facilite a su trabajador las condiciones y hasta los propios medios necesarios para concretar una invención o mejora cuando el empleador no ha tenido en mientes la misma.

En el caso venezolano, el transcrito artículo 83 subsume lo expresado en último término en vista de que se consideran libres u ocasionales y por ende propiedad del trabajador si éste fuera el inventor, por cuanto siempre que en este último haya predominado su esfuerzo y talento y que el empleador no lo hubiese contratado para ese fin.

En otro tiempo no fue así debido a que tales invenciones o mejoras por el solo hecho de haberse concretado en el ejercicio de la prestación de servicio le daban por lo mínimo ciertos derechos al empleador y muy poco al trabajador. En la legislación venezolana vigente esta situación afortunadamente se suprimió por lo que la propiedad de esas invenciones libres u ocasionales corresponde al trabajador aunque se hubiesen obtenido con ocasión del trabajo prestado.

Es necesario que se diga que la propiedad de las invenciones y mejoras en Venezuela están sometidas a un derecho preferencial a favor del patrono hasta por un período de 90 días a partir de la notificación que el trabajador-inventor le haga a su empleador. Se aclara que este tipo de invenciones o mejoras, a los efectos del derecho preferencial, deben estar relacionadas con la actividad que el empleador desarrolla, por lo que cualesquiera otras invenciones o mejoras que no revistan este carácter le corresponden en propiedad al trabajador.

En el caso de los trabajadores no dependientes, el artículo 87 de la Ley Orgánica del Trabajo, las invenciones o mejoras, sean del orden intelectual o artístico, la propiedad le corresponderá a ellos según lo regula la ley especial de la materia y consecuentemente al nombre de esa invención o mejora o de la obra y composición, además de que se la asigne una retribución equitativa de los usuarios de las mismas.

En relación al orden constitucional, y siendo consecuente con nuestro criterio, consideramos que cualquiera que sea la naturaleza de la invención o mejora recibe la protección del Estado garantizándole al trabajador su derecho sobre la misma; así por ejemplo el artículo 98 de la Constitución de Venezuela establece lo siguiente:

Artículo 98 Constitución Venezuela (1999)

...la creación cultural es libre. Esta libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezca la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia.

La prealudida norma constitucional nos proyecta hacia la llamada Ley de Propiedad Intelectual o de las Obras del Ingenio que son de aplicación en la especialidad pero que en materia laboral sus efectos se ven disminuidos a la muralla insalvable del carácter tuitivo, social y proteccionista del Derecho del Trabajo.

El artículo 98 precitado sirve de fundamento constitucional para que podamos afirmar irremediamente la aplicación preferente de los tratados, acuerdos, pactos internacionales en el mundo de las relaciones laborales en cuanto a la materia de invenciones o mejoras a lo cual debe adicionarse el carácter imperativo de las resoluciones, acuerdo y decisiones del Organización Internacional del Trabajo en el cual Venezuela es miembro, y dentro de esas relaciones se encuentra regulada lo atinente a las invenciones y mejoras, resoluciones a cuyo texto remitimos.

Esta investigación no estaría completa sino tocáramos el aspecto jurisprudencial referido a las invenciones o mejoras, que contiene el criterio casacional del Tribunal Supremo de Justicia:

SALA DE CASACIÓN SOCIAL

Ponencia del Magistrado OMAR ALFREDO MORA DÍAZ

Vista la acción que por derechos de invención intentara el ciudadano **SIMÓN CARMELO FLORES BERMÚDEZ**, representado judicialmente por los abogados José Argenis Rivas Dugarte, José Augusto Soares Bautis y Héctor José Urdaneta Jiménez, contra la empresa **LAGOVEN, S.A., hoy en día PDVSA, PETRÓLEO Y GAS, S.A.**, representada judicialmente por los abogados Román José Duque Corredor, Ricardo Henríquez La Roche, Carlos Sarmiento Sosa, José Pedro Barnola Quintero, Cecilia Acosta Mayoral, Rafael Guevara Mata, María Esperanza Maldonado H., María Soledad Rodríguez Aguerrevere, Daniela Arnstein, Mariana Amparan Croquer y Jonás González;

el Juzgado Superior Cuarto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas constituido con Asociados, dictó sentencia en fecha 17 de enero de 2002, mediante la cual declara parcialmente con lugar la presente acción, modificando así el fallo apelado en lo que respecta al monto condenado, el cual fue proferido por el Juzgado Quinto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas en fecha 31 de enero de 2001, y en donde se había declarado también parcialmente con lugar la pretensión.

Contra la decisión emitida por la Alzada, anunciaron recurso de casación las partes que integran la litis, los cuales, una vez admitidos, fueron oportunamente formalizados. Hubo impugnación, réplica y contrarréplica en ambos recursos.

Recibido el expediente en esta Sala de Casación Social, se dio cuenta en fecha 11 de julio de 2002, asignando la ponencia al Magistrado Omar Alfredo Mora Díaz.

Concluida la sustanciación del presente recurso de casación y cumplidas como han sido las formalidades legales, pasa esta Sala de Casación Social a dictar sentencia, bajo la ponencia del Magistrado que con tal carácter la suscribe, con base en las siguientes consideraciones:

FORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

ANUNCIADO POR LA PARTE ACTORA

RECURSO POR DEFECTO DE ACTIVIDAD

I

Plantéase una primera denuncia, la cual se reproduce de inmediato, en donde se manifiesta:

Al amparo del ordinal 2° del artículo 317 del Código de Procedimiento Civil, que contempla como requisito de la formalización, entre otros, **“los quebrantamientos u omisiones a que se refiere el ordinal 1° del artículo 313”**, denuncio que la recurrida se encuentra incurso en el supuesto previsto en el ordinal **1° del artículo 313 *ejusdem***, en lo que respecta a la **infracción por la recurrida del derecho de defensa** como garantía de carácter procesal

enunciado en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil que establece (...), pues al haber el Sentenciador de Segunda Instancia omitido pronunciamiento en relación al alegato formulado en Informes, como punto previo relacionado con la apelación extemporánea de la demandada, por tardía, configura un menoscabo al derecho de defensa y al principio de exhaustividad de la sentencia que obliga a los jueces decidir todos y cada uno de los alegatos que las partes hayan sometido a su consideración, violando a su vez **el ordinal 5º del artículo 243 ejusdem**, (...).

Es el caso que la recurrida en su sentencia guardó absoluto silencio sobre la solicitud que formulamos en el acto de Informes, como punto de previo pronunciamiento, en cuanto a que se declarara sin efecto alguno la apelación formulada por el apoderado de la demandada Rodolfo José Montilla efectuada el día 17 de abril de 2001 y oída por la recurrida en fecha 20 de abril de 2001, por ser dicha apelación extemporánea por tardía y en consecuencia se ordenara la ejecución del fallo del *a quo*, de fecha 31 de enero de 2001. Al no decidir la Alzada la cuestión previa alegada por la actora, guardando silencio sobre tal solicitud, estableció en la práctica preferencias y desigualdades que chocan contra el principio de la igualdad de las partes en el proceso, pues conculcó un medio o alegato de defensa determinante en el proceso.

Para decidir, la Sala observa:

Motivado a la exposición que hace el recurrente para acusar la violación del derecho a la defensa en que incurre la recurrida, es apropiada la ocasión para reseñar la decisión fechada el día 26 de junio de 2002, emanada de esta Sala y en la cual se manifestó:

En cuanto a la indefensión, ciertamente debe señalarse, que en virtud de los preceptos generales que contiene el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, el legislador impone al juez el deber de mantener incólume el derecho de defensa, observándose para ello la más absoluta igualdad y un apropiado equilibrio en el desarrollo del proceso, procurando que dicho desenlace no se pervierta por arbitrariedades, preferencias o desigualdades que pongan en duda la transparencia y verdad que orientan al acto de administrar justicia.

Igualmente, indicó la Sala con relación al menoscabo del derecho a la defensa, lo siguiente:

Se considera que hay menoscabo del derecho a la defensa cuando el juez priva o limita el ejercicio por las partes, de los medios y recursos que la ley procesal concede para la defensa de sus derechos”. (**Sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 17 de mayo de 2000**).

Ahora bien, esta Sala ha venido señalando para los casos en los que la recurrida cause indefensión, que la adecuada técnica para hacer valer tal situación, se circunscribe a:

De acuerdo con la doctrina de esta Sala, en lo que respecta a la denuncia de indefensión, ella debe soportarse necesariamente en lo dispuesto en los artículos 206 y 208 del Código de Procedimiento Civil, según el caso, con expresa indicación de la forma quebrantada, si lo fue por el juez de la primera instancia o por el de alzada. (**Sentencia de la Sala de Casación Social de fecha 24 de febrero de 2000**).

Adicionalmente a lo *ut supra* reseñado, debe denotarse también la necesidad de que toda denuncia por violación de normas procesales que menoscaben el derecho a la defensa se delimite en el marco del artículo 313, ordinal 1° del Código de Procedimiento Civil, y a su vez, en la infracción del artículo 15 *ejusdem*.

Para finalizar, y conjuntamente con tales enunciados, es carga para el recurrente el precisar lo seguido:

- a) Indicar cómo el quebrantamiento u omisión de la forma procesal lesionó el derecho de defensa o el orden público, según el caso, o ambos.
- b) Señalar las normas infringidas, al quebrantarse u omitirse las formas procesales que ellas establecen.
- c) Explicar a la Sala que con respecto a dichos quebrantamientos u omisiones de formas procesales, se agotaron todos los recursos”.

En observancia al criterio jurisprudencial previamente transcrito, aprecia la Sala que no se ha cumplido con la **debida técnica para acusar la violación del derecho a la defensa, puesto que no se emplean los artículos 206 y 208 del Código de Procedimiento Civil como soporte, ni tampoco se enseña a la Sala que se hayan agotado todos los recursos de ley para atacar dicho menoscabo.**

Amén de lo indicado en el párrafo que precede, esta Sala extrema sus funciones y observa que la presente denuncia circula en torno a la violación del derecho a la defensa por parte de la recurrida, en razón del silencio que ésta guardó con respecto al alegato que formulara, el hoy recurrente, en sus informes presentados ante esa instancia, relacionados con la apelación extemporánea que ejerciera la demandada del fallo de primera instancia, infringiéndose así el ordinal 5° del artículo 243 de la Ley Adjetiva Civil Venezolana, por omisión de pronunciamiento, es decir, incongruencia negativa; a tal efecto, esta Sala constata que la alzada determina:

CUESTIÓN JURÍDICA PREVIA

Debemos considerar en primer lugar, que el fallo recurrido se fundamentó, por la parte accionante, una cuestión jurídica previa tendiente a considerar innecesario examinar el fondo del asunto principal debatido.

Es así como consta a los autos; la solicitud formulada ese (sic) respecto y fines, por la accionante, ante el Tribunal Sentenciador, “pidiendo se ordene la ejecución de la sentencia de fecha 31 de Enero de 2001, pronunciada por el Juzgado Quinto de Primera Instancia del trabajo (sic) de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, por haber quedado definitivamente firma (sic) y en consecuencia, declare sin lugar la sin lugar (sic) al (sic) apelación interpuesta en fecha 28 de marzo de 2001, por el Abogado RODOLFO JOSÉ MONTILLA, quien actúa arguyendo representación judicial dimanada de una sedicente sustitución de Poder realizada el 28 de marzo de 2001, sin dar cumplimiento a las formalidades consagradas en el Artículo 155 de Código de Procedimiento Civil: “Si el poder fuese otorgado por otra personal (sic) natural o jurídica o fuese sustituido por el mandatario, el otorgante deberá enunciar en el poder y exhibir al funcionario los documentos auténticos, gacetas, libros o registros que acrediten la representación que ejerce...

Además de estos fundamentos de derecho, la apelación ejercida es manifiestamente extemporánea, toda vez, que como consta a los autos, el Juez de la causa cumplió las actuaciones correspondientes así como las notificaciones a las partes de su avocamiento – como nuevo Juez– a la sentencia de dicho juicio. Observadas y llenas

todas las formalidades consagradas en el artículo 14, 90 primer aparte y 118 del Código de Procedimiento Civil y cumplido integralmente el término previsto en el Artículo 521 ejusdem, estando por lo tanto las partes a derecho, el referido fallo fue publicado dentro del término de sesenta días a que se contrae la disposición procesal citada y de acuerdo con lo indicado en la boleta de Notificación librada la demandada (sic), de fecha 17 de octubre de 2000, consignada por el Alguacil del Tribunal el 27-10-00 que expresamente señalaba que dentro de los 60 días continuos siguientes a su notificación se procederá dictar (sic) sentencia de fondo en el referido juicio, una vez transcurridos los 10 días de despacho a que se contrae el artículo 90 ejusdem, así como los 8 días hábiles que prevé el artículo 38 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. La temporalidad de la sentencia consta en el cómputo realizado por el Tribunal de la causa, mediante auto del 03-03-01, cabe destacar ciudadanos jueces, que la valide (sic) de dichos lapsos, fue aceptada por las partes pues en ningún momento se manifestó discrepancia sobre el cumplimiento fatal de los referidos lapsos procesales.

Este Tribunal con Asociados, una vez analizados todos y cada uno de los alegatos esgrimidos por las partes, los cuales se dan íntegramente por reproducidos en este fallo, y sin ánimo ni propósito de desconocer la doctrina Casacional relativa a la inutilidad de la notificación de las partes, cuando la sentencia ha sido publicada dentro del lapso previsto de 60 días, encontrados por ende las partes a derecho, estima valedero este Tribunal señalar:

El artículo 26 de la Constitución Bolivariana de Venezuela, dispone: “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso (sic) los colectivos o difusos a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas ni formalismos o reposiciones inútiles.

Es obvio que el derecho de defensa atiende a una garantía constitucional entendido este en sentido amplio como la oportunidad que

deben tener las partes no solo para cuestionar las peticiones de sus contrapartes, sino el derecho a un nuevo examen de la relación controvertida haciendo adquirir al Juez de Alzada la jurisdicción sobre el asunto, con facultado (sic) para decidir la controversia y conocer de cuestiones de hecho como de derecho. Todo ello dentro del grado de jurisdicción y en el ámbito de la competencia funcional que le es inherente a este Tribunal Superior.

Luego de haber efectuado una íntegra transcripción de lo establecido por la recurrida, acerca del punto previo que formula la parte actora, relativo a la extemporaneidad de la apelación ejercida por la parte actora, se aprecia que esa instancia superior, sí se pronuncia al respecto, razón por la cual no habría infracción del ordinal 5° del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil; en todo caso, si el recurrente considera que tal pronunciamiento era insuficiente o errado ha debido formular una denuncia de naturaleza distinta que demuestre la infracción de algún precepto normativo.

Por lo tanto, y con sustento en los argumentos plasmados anteriormente, se declara la improcedencia de la presente delación. Así se decide.

II

Se presenta una segunda denuncia bajo el siguiente enunciado:

De igual forma denuncio que la recurrida se encuentra incurso en el supuesto previsto en el ordinal **1° del artículo 313** ejusdem, en lo que respecta a la infracción por la Alzada del **no cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil**, en particular al contemplado en el **ordinal 5°** del citado artículo que establece como requisitos de forma de toda sentencia “(...) **Decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas.**

De igual forma denuncio la **infracción del artículo 12** ejusdem – disposición que se encuentra íntimamente relacionada con el ordinal 5° antes mencionado– el cual expresa (“...”) por no atenerse el juez a lo alegado y probado en autos. (...). De igual forma se infringió el **artículo 15** del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a

la obligación del juez de mantener a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencias ni desigualdades.

Es el caso que los Jueces de la recurrida, al emitir el fallo de fecha 17 de enero de 2002, se abstuvieron de considerar y decidir el punto previo alegado por el apoderado de la parte actora en su escrito de Informes, referido a la extemporaneidad de la apelación por tardía, formulada por el apoderado de la parte demandada en fecha 17 de abril de 2001, incumpliendo de esta manera la obligación de decidir toda controversia de acuerdo a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, como expresamente dispone el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, configurándose de esta manera el vicio conocido en la doctrina procesal de incongruencia negativa (...).

Posteriormente, se presenta una detallada síntesis procesal de lo ocurrido en el caso de autos, desde el día 27 de septiembre de 2000 hasta la fecha en que se dicta el fallo recurrido.

Para decidir, la Sala observa:

Nuevamente se plantea que la recurrida incurre en el vicio de incongruencia negativa, en tanto y cuanto no se pronuncia sobre la extemporaneidad, por tardía, de la apelación ejercida por la representación judicial de la demandada contra el fallo definitivo dictado por el *a quo*.

En este sentido, apreciase que en la primera denuncia por defecto de actividad se plantea el mismo asunto que en la presente, motivo por el cual, y a los fines de no hacer repeticiones innecesarias, se dará por reproducido el criterio esgrimido al resolver dicha cuestión.

En consecuencia, se considera improcedente la delación expuesta. Así se declara.

RECURSO POR INFRACCIÓN DE LEY

Bajo el contexto del presente recurso, se esgrime lo que de inmediato se plasma:

Al amparo del ordinal 3° del artículo 317 del Código de Procedimiento Civil, que contempla como requisito de la formalización,

entre otros, **“La denuncia de haberse incurrido en alguno o algunos de los casos contemplados en el Ordinal 2° del artículo 313, con expresión de las razones que demuestren la existencia de la infracción, falsa aplicación o aplicación errónea”** denuncio que la recurrida se encuentra incurso en el supuesto previsto en el ordinal 2° del artículo 313 ejusdem, al haber **quebrantado los artículos 13** del Código de Procedimiento Civil y **84 de la Ley Orgánica del Trabajo**, el primero por aplicación falsa y el segundo por error de interpretación (...).

Luego señala el formalizante que la recurrida hizo una aplicación falsa del artículo 13 del Código de Procedimiento Civil, al efectuar la *“aplicación de una norma jurídica a una situación de hecho que no es la contemplada en ella, como es la equidad como mecanismo para resolver una controversia, pues, en el presente caso, tal supuesto no guarda relación con el asunto debatido, toda vez que las partes en ningún momento habían solicitado la decisión del pleito de acuerdo a la equidad (...)”*.

De igual forma, se acusa que en la decisión de alzada se interpreta erróneamente el artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo *“al fijar el Tribunal el monto de la indemnización debida al trabajador en base a la equidad como una participación en el disfrute del invento, cuando la norma en referencia sólo otorga a las partes a fijar equitativamente el monto de dicha participación, como vía para alcanzar un arreglo amigable sin intervención judicial, y sólo de no existir acuerdo le corresponderá al Juez fijarla en procedimiento contencioso”*.

Enseña que de la correcta interpretación del precitado artículo, cuando no haya acuerdo entre las partes, se le cancelará al demandante por invención *“fijando en el procedimiento contencioso el monto de la participación que le corresponde al actor, en fundamento a todas las probanzas aportadas al proceso y no con base en la equidad, pues, nunca fue la intención de las partes, que la controversia se decidiera por vía de equidad”*.

Para decidir, la Sala observa:

Expone el recurrente que la recurrida infringe el artículo 13 del Código de Procedimiento Civil por falsa aplicación, vicio éste que

ha sido conceptualizado en reiteradas oportunidades a través de distintas decisiones proferidas por este Alto Tribunal, como por ejemplo una de reciente de fecha, en la que se asevera:

La falsa aplicación de una norma existe cuando al supuesto de hecho no se le aplica la norma que debería aplicarse, de aquí que la falsa aplicación de la ley consiste en una incorrecta elección de la norma jurídica aplicable, lo que normalmente se traduce en una preterición u omisión de la norma jurídica que debió ser aplicada”. (Sentencia de la Sala de Casación Social del 8 de octubre de 2002).

En armonía con la transcripción que antecede, el vicio de falsa aplicación debe configurar una efectiva utilización de la norma que se señale como infringida; cuestión ésta que deja de producirse en el caso bajo estudio, puesto que la recurrida no patentiza el empleo del artículo 13 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual debe declararse la improcedencia de lo acusado. Así se decide.

Abordando el punto relativo a la pretendida infracción del artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo “vigente” (aclaratoria que hace el formalizante en su escrito de réplica) por errónea interpretación, es menester plasmar el contenido de la precitada regla de derecho; y es así como se observa que ésta reza:

La propiedad de las invenciones o mejoras de servicio o de empresa corresponderá al patrono, pero el inventor tendrá derecho a una participación en su disfrute cuando la retribución del trabajo prestado por éste sea desproporcionada con la magnitud del resultado.

El monto de esa participación se fijará equitativamente por las partes con aprobación del Inspector del Trabajo de la jurisdicción y a falta de acuerdo será fijada por el juez.

Ahora bien, visto ya el componente del artículo 84 de la principal Ley Sustantiva Laboral Venezolana, es necesario precisar la correcta interpretación que deriva de esta norma, y en tal sentido es pertinente puntualizar lo que sigue:

En el ámbito del desempeño de actividades laborales se pueden producir las llamadas invenciones o mejoras, las cuales consisten en la creación, por parte de un trabajador, de algún instrumento, mecanismo, diseño o proceso que permite al patrono utilizarlo dentro

del sistema de producción o de actividades de la industria, brindándole un provecho que no obtenía antes de implementar dicho invento o mejora.

La legislación laboral nacional distingue tres tipos de invenciones o mejoras, a saber:

- 1.- las de servicio, contempladas en el artículo 81 de la Ley Orgánica de Trabajo;
- 2.- las de empresa, establecidas en el artículo 82 *eiusdem*; y,
- 3.- libres u ocasionales, reflejadas en el artículo 83 de la misma Ley.

La primera de éstas son concebidas por empleados que se contratan para efectuar tal labor; la segunda categoría está caracterizada porque en la innovación del trabajador son imprescindibles tanto herramientas o sistemas, así como diversas locaciones de la empresa donde se materializa la producción de la misma; y por último, las invenciones o mejoras libres u ocasionales, en las que su creador no ha sido empleado para efectuar tal cuestión, pero que por el empeño e ingenio de éste se realizan.

En la Ley Orgánica del Trabajo se determina a quién pertenecen las innovaciones referidas anteriormente, y en el artículo 84 del mencionado cuerpo normativo se establece que las invenciones o mejoras de servicio o de empresa pertenecen al patrono, estipulando que al creador de ésta le corresponde una *participación en su disfrute* en el caso que exista una evidente diferencia entre la contraprestación que obtenga el trabajador creador y las dimensiones del resultado de su invento o mejora.

Ahora, la cantidad que derive de la participación a la que se hizo mención, deberá determinarse por acuerdo entre el trabajador y el patrono, siendo la autoridad administrativa correspondiente, vale decir, el Inspector del Trabajo, quien apruebe tal cuestión; infiriéndose de la norma que se interpreta, que dicha cuantía que se estima puede ser producto de un monto aproximado a la ganancia real que puede haber obtenido la empresa con la invención o mejora, en razón de que no se establece, en el tantas veces

citado artículo 84, que la suma a que tiene derecho el trabajador derive del monto exacto del lucro total percibido por el patrono.

De igual forma, puede que las partes no lleguen a ningún acuerdo, debiendo acudir a los tribunales competentes a fin de que sea el sentenciador quien fije el monto que deberá recibir el trabajador. Es de advertir, que el artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo no especifica bajo qué criterio o mecanismo deberá el Juez establecer la suma que le corresponde al trabajador por concepto de invención o mejora; sin embargo, del mismo contexto de dicho precepto normativo se desprende que, a falta de acuerdo entre partes, tal estimación la hará el sentenciador conforme a la equidad, teniendo como límite o parámetro la cantidad pretendida por el demandante, y por supuesto, de acuerdo con las pruebas que demuestren la procedencia de la acción.

En el caso objeto de decisión, la recurrida al efectuar un análisis del tantas veces citado artículo 84, y del artículo 48 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo vigente para el momento en que se produjo la invención que da lugar al presente juicio –norma de características similares al mencionado artículo 84–, específicamente con referencia a la determinación de la cantidad que corresponde al trabajador por la invención, señaló:

Para este Tribunal las circunstancias analizadas son suficientes como para considerar cumplida la condición prevista originalmente en el artículo 48 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo y a partir del 01-05-1991 en el artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo para que el trabajador tenga derecho a una contraprestación como “*una participación en su disfrute*”. Debe, pues, determinarse lo que ha de ser considerado como una participación en su disfrute. Para el demandante, tal participación debió traducirse en un porcentaje calculado sobre el incremento en los ingresos brutos del patrono del uno por ciento (1%). Dicho criterio fue acogido parcialmente por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia apelada.

Ahora bien, en criterio de este Tribunal, tal estimación fundamentada en un porcentaje calculado sobre el incremento en los ingresos brutos del patrono, carece de base legal precisa, pues nada se indica en el texto del artículo 48 del Reglamento de la derogada Ley del Trabajo, ni en las disposiciones de la Ley Orgánica del Tra-

bajo o su Reglamento, sobre cuál debe ser el monto exacto de la retribución que corresponde al trabajador como participación en el disfrute y mucho menos, que ésta deba traducirse en un porcentaje sobre el incremento en los ingresos brutos del patrono. (...).

Es pues, la equidad, la regla que debe servir de guía al sentenciador para establecer la participación que ha de corresponder al trabajador inventor como consecuencia de la invención de empresa objeto de este juicio.

De acuerdo con la reproducción fragmentaria que de la recurrida se ha efectuado, se verifica que, una vez establecida la procedencia del derecho que tiene el accionante a percibir cierta cantidad por concepto de invento de empresa, ésta concedería un monto que se fijaría conforme a la equidad; criterio que, en este aspecto, se ajusta a la correcta interpretación que del artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo ha efectuado esta Sala de Casación Social.

Por consiguiente, y con sustento a lo establecido *ut supra*, se considera que la presente denuncia es improcedente. Así se declara.

CASACIÓN SOBRE LOS HECHOS

De conformidad con el artículo 313, ordinal 2° del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 320 del mismo Código se solicita a la Sala:

(...) se extienda al fondo de la controversia y al establecimiento y apreciación de los hechos por la recurrida, al estar ésta incurso en el supuesto previsto en dicha norma en cuanto a ser la parte dispositiva del fallo consecuencia de una suposición falsa por parte del juez que atribuyó a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene, al decidir la controversia de acuerdo a la equidad.

En efecto, no consta a los autos, que las partes, de conformidad con el artículo 13 del Código de Procedimiento Civil, le hayan solicitado al Juez, decidir el fondo de la causa con arreglo a la equidad, o que la ley lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio. En el presente caso, el demandante —luego de agotadas las fases procesales y probado suficientemente su carácter de inventor, de la productividad del invento y los beneficios obtenidos, y que el sentenciador reconoce al indicar en el dispositivo de su sentencia

que “el demandado obtuvo ingresos brutos sustancialmente superiores a los que obtenía con anterioridad, por la cantidad de treinta y ocho millardos quinientos cincuenta y seis millones setecientos cuarenta y un mil ciento trece bolívares (Bs. 38.556.741.113,00)... (...) parece evidente a este Tribunal y así ha quedado demostrado en el presente juicio que la puesta en funcionamiento del invento mencionado fue considerado por el patrono demandado como un logro importante de su trabajador– tiene derecho a que se resuelva la controversia de acuerdo con los elementos de autos, que demostraron fehacientemente su condición de inventor, la productividad del invento y el beneficio obtenido por la demandada y estimar el monto de la participación en el disfrute del invento considerando la desproporción existente entre la retribución del trabajador y la magnitud del resultado.

La infracción cometida por la recurrida fue determinante en lo dispositivo del fallo, pues al interpretar incorrectamente el contenido de los artículos 84 de la Ley Orgánica del Trabajo y 13 del Código de Procedimiento Civil, fijó la participación de mi defendido con base a la equidad, institución ésta que no tiene cabida en el presente caso (...).

Para decidir, la Sala observa:

Diversos fallos emanados de esta Sala, han servido de instrumento para señalar la debida técnica a los efectos de formular una denuncia por suposición falsa, v. gr. la sentencia de fecha 05 de abril de 2001 que expresa:

(...) la jurisprudencia de este Alto Tribunal establece que los requisitos para denunciar la suposición falsa son:

(...): a) por cuanto la falsa suposición constituye un vicio de juzgamiento configurativo de un error *facti in iudicando* de hecho propiamente dicho, se precisa encuadrar la denuncia en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 320 *eiusdem*; b) por cuanto la suposición falsa consiste en dar por demostrado un hecho positivo, particular y concreto sin el apropiado respaldo probatorio, debe indicarse el mismo en el contexto de la denuncia; c) por cuanto existen tres sub-hipótesis de suposición falsa contempladas en el artículo 320 *eiusdem*, especi-

ficar de cuál de dichas sub-hipótesis se trata; d) el señalamiento del acta o instrumento cuya lectura patentice la suposición falsa, salvo que se trate de la sub-hipótesis de prueba inexistente; e) la denuncia, como infringidos, por falsa o falta de aplicación, de los preceptos o normas jurídicas que en la recurrida se utilizaron o se dejaron de utilizar, respectivamente, como resultado del hecho particular, positivo y concreto, falsamente supuesto; normas jurídicas que pueden ser tanto de derecho sustantivo como de derecho adjetivo; f) en indisoluble conexión con el requisito expuesto en el literal anterior, está la exigencia de que se explique las razones que demuestren que la suposición falsa cometida fue determinante del dispositivo de la sentencia.

Una vez observado el modo en que el formalizante acusa el vicio de suposición falsa, específicamente porque los sentenciadores atribuyeron a instrumentos o actas del expediente menciones que no contienen, se aprecia que no se cumple con la debida técnica para plantear tal cuestión, en razón de que: principalmente, no hay señalamiento del acta o instrumento donde se verifique la mención que éste no posee; así como tampoco se advierte la falsa o falta de aplicación de alguna regla jurídica como consecuencia del hecho positivo, particular y concreto que conlleve a la suposición falsa.

Por consiguiente, debe ser desestimada la presente denuncia. Así se declara.

**FORMALIZACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN
ANUNCIADO POR LA PARTE ACCIONADA
RECURSO POR INFRACCIÓN DE LEY**

I

Al amparo del ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, y en el artículo 320 *ibidem*, se denuncia la infracción por falta de aplicación del artículo 12 del mismo Código, la violación por falsa aplicación del artículo 4° del Código Civil, del literal f del artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, del artículo 48 *del derogado Reglamento de la Ley del Trabajo de fecha 31 de diciembre de 1973* y del artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1991.

Afirma el formalizante:

Se le atribuye a la recurrida haber incurrido en falsa suposición por haber dado por probado un hecho, con pruebas que no existen en autos, con fundamento, también, en sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia del 16 de noviembre de 2001 (...).

(...).

Los jueces de la recurrida han dado por probado el hecho de la relación de causalidad entre el empleo del invento denominado dispositivo “Bomba Morichal” (...), con la fracción o parte de los beneficios netos supuestamente obtenidos por la aquí recurrente, con pruebas que no existen en autos, siendo que no está demostrada mediante prueba alguna en el expediente, la relación de causalidad entre el uso del invento y la fracción o parte de los dichos beneficios netos (...).

(...)

Esta modalidad de suposición falsa está contemplada en el encabezamiento del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil cuando los jueces del fallo recurrido dan por probado un hecho con pruebas que no existen en autos.

Tratándose del llamado segundo caso de falsa suposición (...), denunciamos, la infracción del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, por no haberse atendido los jueces de la recurrida, a lo alegado y probado en autos.

En efecto, aparte que no existe prueba alguna de ello, tampoco de los hechos aceptado (sic) por las partes, referentes a la condición de trabajador del demandante, que éste es el inventor del dispositivo denominado “Bomba Morichal” y que nuestra representada empleó en alguna oportunidad tal invento para la extracción de crudos, no se desprende de ningún elemento probatorio que permita afirmar, que su utilización generó beneficios para la demandada, de la participación en su disfrute a que se refiere el artículo 48 del derogado Reglamento de la Ley del Trabajo y el artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1991. Al no existir prueba alguna en el expediente de la relación de causalidad que permite la aplicación

de las normas mencionadas, las mismas fueron aplicadas falsamente por los jueces de la recurrida. (...).

(...) también infringe la recurrida el artículo 4° del Código Civil y el literal “F” del artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, en concordancia con el artículo 48 del derogado Reglamento de la Ley del Trabajo del 31 de diciembre de 1973, aplicados falsamente como principio general de derecho, para establecer la participación del demandante por el supuesto uso del mencionado dispositivo, con anterioridad a la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo de 1991. (...)

(...) mal podía aplicar la recurrida al mismo supuesto de hecho, con posterioridad a su vigencia, el artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1991, y fijar, conforme a esta norma, la participación equitativa a la cual se refiere este artículo, no existiendo prueba de la relación de causalidad entre el uso del invento y los beneficios netos obtenidos por nuestra representada por el uso de referido invento, razón por la cual los jueces infringen por su falsa aplicación el artículo 84 citado.

(...).

También se infringe el artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1991, denunciado por su falta de aplicación, porque tampoco está probada en el expediente la desproporción que supuestamente existiría entre la retribución que habría recibido el demandante (...) con la magnitud del supuesto resultado (...).

(...).

Finalmente, con relación a estas denuncias de infracción, en cumplimiento de la exigencia del artículo 317 del Código de Procedimiento Civil, indicamos que las normas que debieron ser aplicadas para la resolución de la controversia, son las mismas denunciadas como infringidas (sic).

Para decidir, la Sala aprecia:

Luego de una extensa pero necesaria reproducción de extractos de lo que plantea el formalizante, obsérvese que se pretende acusar que la recurrida incurre en suposición falsa, puesto que tal y como se afirma: *Los jueces de la recurrida han dado por probado el*

hecho de la relación de causalidad entre el empleo del invento denominado dispositivo “Bomba Morichal” (...), con la fracción o parte de los beneficios netos supuestamente obtenidos por la aquí recurrente, con pruebas que no existen en autos, razón por la cual se infringe el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil por falta de aplicación; y el artículo 4° del Código Civil, el literal “f” del artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo, el artículo 48 del derogado Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973 y el artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1991, *todos por falsa aplicación*; sin embargo, concluye su denuncia señalando expresamente que *las normas que debieron ser aplicadas* en el presente caso son las mismas que se denuncian como infringidas, es decir, que hubo falta de aplicación de las mismas.

Ahora bien, la suposición falsa denunciada consiste en dar por demostrado un hecho positivo, particular y concreto sin el debido respaldo probatorio; lo cual no se configura en la recurrida, en tanto y cuanto, no se aprecia en la misma que se haya establecido la cuestión falsamente supuesta, traducándose esto en una falta de fundamento para proponer el presente asunto. Así se decide.

Y en torno a la pretendida violación de las normas que se señalan infringidas por **falsa aplicación**, esta Sala observa que las mismas también se delatan por el vicio de **falta de aplicación**, lo que conlleva a inconciliables dudas en torno a lo que realmente se pretende expresar, puesto que se hace una mezcla indebida de denuncias de dos vicios totalmente distintos, que no se pueden acusar de forma conjunta; trayendo como consecuencia que se configure una falta de técnica casacional en la cuestión formulada. Así se decide.

Aun y cuando esta Sala, en atención a lo dispuesto en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, procura en todo momento garantizar que no se sacrifique la justicia por la omisión de formalidades no esenciales, aprecia que en el caso que nos ocupa, el formalizante ha quebrantado formas esenciales al plantear la presente denuncia, que impiden a la Sala conocer de la misma. Así se decide.

II

Se introduce una segunda cuestión, la cual se inicia bajo el siguiente esquema:

Casación prevista en el ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, con denuncia de infracción de los artículos 87 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961 y del artículo 89 de la vigente, por falta de aplicación. Asimismo denunciamos la infracción por su falta de aplicación de los artículos 1.737 del Código Civil, en concordancia con la denuncia de infracción por igual motivo, de los artículos 107 y 108 de la Ley Orgánica del Trabajo y de los artículos 1.211, 1.213, 1.264 y 1.271 del Código Civil y, en concordancia estas denuncias, denunciamos la infracción por su falsa aplicación del artículo 4° *ejusdem*; y del literal “f” del artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, conjuntamente con la denuncia de la falsa aplicación del artículo 48 del derogado Reglamento de la Ley del Trabajo de fecha 31 de diciembre de 1973; y la del artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1991, también por su falsa aplicación.

Formula, luego de transcribir el contenido del artículo 48 del Reglamento de la Ley del Trabajo –derogado– y del artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo, una interpretación de los mismos, y luego señala que por haberse ordenado la corrección monetaria de la cantidad que se condena pagar al accionante por parte de la demandada, se infringen las precitadas normas, expresando los motivos que sustentan tal cuestión, para concluir de la siguiente forma:

En cumplimiento de la exigencia del artículo 317 del Código de Procedimiento Civil, indicamos que las normas que debieron ser aplicadas para la resolución de la controversia, son las mismas denunciadas como infringidas.

Para decidir, la Sala observa:

Con respecto a la acusada violación de preceptos constitucionales, ha sido reiterado el criterio de esta Sala de Casación Social que señala la imposibilidad, por incompetencia material, de conocer denuncias de esta naturaleza; y en este orden de ideas se reproduce el siguiente extracto de un fallo donde se expuso:

En cuanto a la denuncia de infracción del artículo 85 de la Constitución de la República de 1961, se le advierte al formalizante que no es posible para esta Sala de Casación Social revisar violaciones de normas de rango constitucional, por cuanto ello es competencia de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia (...). (Sentencia de fecha 14 de junio de 2000).

En consecuencia, no hay materia sobre la cual decidir en relación con la pretendida violación del artículo 87 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961 y del artículo 89 de la Carta Magna vigente. Así se declara.

Asimismo, también se aprecia que se acusa la violación, por falta de aplicación, del artículo 1.737 del Código Civil, de los artículos 107 y 108 de la Ley Orgánica del Trabajo y de los artículos 1.211, 1.213, 1.264 y 1.271 del Código Civil. En este sentido, debe señalar la Sala que, luego de observado el contenido de las normas ya señaladas, las mismas no son aplicables para resolver la cuestión relacionada con la indexación concedida en la recurrida, lo cual motiva a declarar la improcedencia del presente asunto. Así se declara.

Con referencia a la violación del artículo 4 del Código Civil, del literal “f” del artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo vigente, del artículo 48 del derogado Reglamento de la Ley del Trabajo de fecha 31 de diciembre de 1973 y del artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1991, todos por falsa aplicación, constata la Sala que el formalizante advierte al concluir su denuncia, que las normas que han debido ser aplicadas para resolver la controversia son las mismas acusadas como infringidas; trayendo como consecuencia falta de técnica para plantear la presente cuestión, en razón de que delata la falsa aplicación de unos preceptos normativos, pero luego indica que han debido ser aplicados, es decir, la falta de aplicación de los mismos. En consecuencia, se declara improcedente la presente denuncia. Así se declara.

III

Bajo el fundamento del ordinal 2° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, se acusa la infracción por falta de aplicación de los artículos 1.737, 1.211, 1.213, 1.264 y 1.271, todos del Código Civil, en concordancia con la errónea interpretación del artí-

culo 4° del mismo Código y del literal “f” del artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Se argumenta:

En efecto, cualquier corrección monetaria que se decreta en un fallo en el cual se fije el monto de la obligación que debe pagar el deudor demandado, no puede tener como fundamento ni los principios generales del derecho, establecidos en el artículo 4° del Código Civil, y, en lo que a la materia laboral se refiere, en el literal “f” del artículo 60 de la vigente Ley Orgánica del Trabajo, sino en la existencia de una norma legal expresa que la autorice.

Posteriormente, expresa los motivos por los cuales considera que la corrección monetaria acordada por la recurrida es equívoca, y concluye señalando, nuevamente, cuáles normas se infringen.

Para decidir, la Sala observa:

Se formula una última denuncia en la que se indican como violentados, por falta de aplicación, los artículos 1.737, 1.211, 1.213, 1.264 y 1.271, todos del Código Civil; sin embargo, no se expresan las razones que justifiquen la aplicabilidad de dichas normas para la resolución de la controversia; y aunado a lo anterior, la Sala, luego de revisar el contenido de esos artículos, no encuentra en qué forma se emplearían en el caso de autos, concretamente en lo relativo al punto de la indexación. Por lo tanto, se debe desestimar lo planteado. Así se decide.

Con respecto a la señalada infracción por errónea interpretación del artículo 4° del Código Civil y el literal “f” del artículo 60 de la Ley Orgánica del Trabajo, se verifica que los mismos no son analizados o interpretados en la recurrida, motivo por el cual no se configuraría la pretendida violación. En consecuencia, se declara la improcedencia de la presente denuncia. Así se decide.

CASACIÓN DE OFICIO Y SIN REENVÍO

En el caso objeto de estudio, la recurrida acuerda la indexación de la cantidad que se ordena pagar por concepto de invención conforme al siguiente criterio:

Por último este Juzgado procediendo de conformidad con el fallo dictado en fecha 17 de marzo de 1993, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, acuerda la corrección monetaria sobre el monto condenado, es decir, la suma de CIENTO VEINTE MILLONES DE BOLÍVARES CON CERO CÉNTIMOS (Bs. 120.000.000,00), a los fines de determinar el índice inflacionario acaecido en el país desde la fecha de admisión de la demanda hasta la ejecución del fallo dictado, excluyendo de dicho lapso aquellos a que se hacen referencia en la sentencia dictada por nuestro más Alto Tribunal de Justicia en fecha 28 de noviembre de 1996.

Ahora bien, el fallo que sustenta la aplicación de la corrección monetaria por parte de la alzada, sostiene lo que a continuación se plasma:

Esta Sala apoyada en la noción de orden público y en la irrenunciabilidad de las disposiciones y normas que favorezcan a los trabajadores (Art. 16 LT abrogada, equivalente al 3 de la LOT), conceptúa que el ajuste monetario puede ser ordenado de oficio por el Juez, aunque no haya sido procesalmente solicitado por el interesado, basado en que la restitución del valor de las obligaciones de dinero al que poseía para la fecha de la demanda, no es conceder más de lo pedido, sino conceder exactamente lo solicitado, teniendo en cuenta que el trabajador tiene el derecho irrenunciable a la prestación no disminuida por la depreciación cambiaria. Por consiguiente, **este Alto Tribunal declara materia relacionada con el orden público social la corrección monetaria en los juicios laborales que tengan por objeto la cancelación de las prestaciones sociales de los trabajadores**, la cual ordenará de oficio a partir de la fecha de publicación del presente fallo (...). (Decisión de la Sala de Casación Civil de fecha 17 de marzo de 1993, en el juicio Camillius Lamorell contra Machinery Care y Otro.) (Negrillas de esta Sala).

Oportuno es el momento para introducir el criterio de esta Sala con referencia a la figura de la indexación, el cual fue expuesto en fallo de fecha 17 de mayo de 2000, correspondiente al juicio de José Francisco Tesorero Yáñez contra Hilados Flexilón, S.A., en el que se expresó:

La indexación o corrección monetaria busca neutralizar los efectos que genera en nuestros días, el hecho notorio denominado “inflación.

En el derecho laboral, la corrección monetaria cobra particular interés en virtud de la delicada y vital fuente que representa el trabajo para el ser humano, el cual está influido por factores de orden económico, ya que el trabajador tiene derecho al pago de la prestación no disminuida por la depreciación cambiaria.

En tal sentido, la decisión emanada de este Alto Tribunal en fecha 17 de marzo de 1993, transcrita en el capítulo anterior del presente fallo, declaró “materia relacionada con el orden público social la corrección monetaria en los juicios laborales que tengan por objeto la cancelación de las prestaciones sociales de los trabajadores, la cual ordenará de oficio a partir de la fecha de publicación del presente fallo”.

Es decir, a partir de dicha decisión de la Sala de Casación Civil, se estableció que el ajuste monetario puede ser ordenado de oficio por el Juez del Trabajo, aunque no haya sido solicitado procesalmente por el interesado, basada en que la restitución del valor de las obligaciones de dinero al que poseía para la fecha de la demanda, no es conceder más de lo pedido, sino conceder exactamente lo solicitado.

Ahora bien, en el caso concreto se ratifica la citada doctrina por cuanto se trata de una demanda por cobro de prestaciones sociales e indemnización por accidente de trabajo intentada por el trabajador, cuyo monto de lo que correspondía por prestaciones sociales resultó afectado por la depreciación monetaria durante el transcurso del tiempo que implicó el proceso y, no obstante ello, no fue acordado el método indexatorio por el Juez de Alzada para ajustar el monto condenado respecto del valor que éste representaba para el momento de la presentación del libelo de la demanda, aunado al hecho de que, como bien se señaló en el capítulo anterior, dicha indexación fue solicitada por la parte actora en su libelo de la demanda. (Subrayado del presente fallo)

Conforme al dogma expuesto, la corrección monetaria es asunto que guarda relación con el orden público social en un juicio laboral *cuando éste persiga el pago de prestaciones sociales*, cuestión diferente al presente caso, en razón de que lo pretendido es el reclamo de la participación a que se refiere el artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo, esto es, una cantidad que, por virtud del des-acuerdo entre patrono y trabajador, debe ser acordada por el Juez,

conforme al criterio ya expuesto por esta Sala al realizar la interpretación del precitado artículo.

Entonces, si el Sentenciador emplea la equidad para acordar el monto que le será acordado al demandante por concepto de participación en el beneficio de invención, puesto que el mismo no es una cantidad que se determine en la Ley, conforme al criterio de esta Sala, la indexación sólo procedería desde el momento en que se dicte el fallo hasta su efectiva ejecución, tal y como sucede con la reclamación por daño moral. La última cuestión observada se refleja en la misma decisión de esta Sala, fechada el 17 de mayo de 2000, cuando se establece:

Esta Sala de Casación Social, en virtud del fin perseguido por la indexación judicial en materia laboral, difiere de los criterios antes señalados, por cuanto, cuando se declare con lugar la pretensión de un trabajador por indemnización de daño moral, el Juez podrá de oficio o a solicitud de parte, ordenar en la dispositiva del fallo la corrección monetaria del monto condenado a pagar por daño moral, pero sólo desde la fecha en que se publica el fallo, hasta su ejecución, debido a que la estimación hecha por el Juez es actualizada al momento en que dicta el fallo, la cual podrá estimar a su libre apreciación de conformidad con la doctrina sentada en el primer Capítulo de este fallo. Así se declara.

Por lo tanto, siendo que el fallo empleado por la alzada como fundamento para acordar la indexación, el de fecha 17 de marzo de 1993 de la Sala de Casación Civil, se sustenta en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Trabajo, y observando que en el caso de autos no podía ser establecida dicha indexación en los términos en que se hizo, infringe la recurrida dicha norma al no aplicarla y determinar que en el presente asunto no se debía acordar, tal y como se efectuó, la corrección monetaria a la suma que se acordó pagar al demandante derivada del artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se establece.

Visto que en el presente caso los hechos han sido soberanamente establecidos por los jueces que dictaron el fallo recurrido; y por cuanto la decisión que ha de dictar esta Sala de Casación Social en nada modifica el fondo del caso objeto de estudio, la sentencia que se proferirá se hará sin necesidad de reenvío, estableciéndose que la cantidad que el Juzgado Superior Cuarto del Trabajo de la Circuns-

cripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas constituido con Asociados, condena a PDVSA, Petróleo y Gas, pagarle al ciudadano Simón Carmelo Flores Bermúdez según la sentencia dictada por ese Tribunal el 17 de enero de 2002, consistente en CIENTO VEINTE MILLONES DE BOLÍVARES (Bs. 120.000.000,00), será indexada sólo desde el momento de la publicación del presente fallo hasta su efectiva ejecución. Así se establece.

DECISIÓN

En virtud de las razones antes expuestas, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Social, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara: 1) **SIN LUGAR** el recurso de casación formalizado por el abogado José Argenis Rivas D., en su carácter de co-apoderado judicial de la parte demandante, ciudadano **SIMÓN CARMELO FLORES BERMÚDEZ**, contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Cuarto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, constituido con Asociados en fecha 17 de enero de 2002; 2) **SIN LUGAR** el recurso de casación formalizado por el abogado José Pedro Barnola Quintero, en su carácter de co-apoderado judicial de la empresa demandada **LAGOVEN, S.A., hoy en día PDVSA, PETRÓLEO Y GAS, S.A.**, contra el precitado fallo; y 3) **CASA DE OFICIO Y SIN REENVÍO** la sentencia anteriormente mencionada sólo con respecto al punto cuarto, el cual establece la procedencia de indexación de la suma que se condena a cancelar desde la fecha de presentación de la presente demanda hasta la efectiva ejecución de la misma, con las excepciones establecidas por la doctrina de Casación. Ordenándose la indexación sólo desde el momento de publicación de la presente decisión.

Vista la naturaleza del presente fallo, no hay condenatoria en costas.

Publíquese y regístrese. Remítase el expediente al Tribunal de la causa, es decir, al Juzgado Quinto de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Particípese de esta remisión al Juzgado Superior de origen ya citado, todo de conformidad con el artículo 326 del Código de Procedimiento Civil.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Despacho de la Sala de Casación Social, del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los doce (12) días del mes de diciembre de dos mil dos. Años: 192° de la Independencia y 143° de la Federación.

El Presidente de la Sala y Ponente,

La cita íntegra de la decisión de fecha 12 de diciembre de 2002 pronunciada por la Sala de Casación Social y con ponencia del Magistrado Mora Díaz se hace necesaria en virtud de que el criterio casacional en materia de invenciones o mejoras no es tan prolijo como otras áreas del Derecho sustantivo laboral y ello se explica porque no siempre abundan inventores o trabajadores que logren patentar alguno que otro invento con ocasión de la relación laboral. Lo que estamos afirmando es que no obstante la inteligencia de la clase laboral, factores como la falta de estímulo patronal o la carencia de equipo o herramientas hacen más difícil la invención o la mejora.

Como quiera que pareciendo reiterativo debemos dejar claro que las invenciones o mejoras en cuanto a su tratamiento laboral es diferente a la regulación civil y la sentencia *supra* citada nos conduce a concluir en líneas generales lo siguiente:

En el ámbito del desempeño de actividades laborales se pueden producir las llamadas invenciones o mejoras, las cuales consisten en la creación, por parte de un trabajador, de algún instrumento, mecanismo, diseño o proceso que permite al patrono utilizarlo dentro del sistema de producción o de actividades de la industria, brindándole un provecho que no obtenía antes de implementar dicho invento o mejora.

Ahora, la cantidad que derive de la participación del trabajador en el disfrute de la invención o mejora a la que se hizo mención, deberá determinarse por acuerdo entre el trabajador y el patrono, siendo la autoridad administrativa correspondiente, vale decir, el Inspector del Trabajo, quien apruebe tal cuestión; infiriéndose de la norma que se interpreta, que dicha cuantía que se estima puede ser producto de un monto aproximado a la ganancia real que puede haber obtenido la empresa con la invención o mejora, en razón de que no se establece, en el tantas veces citado artículo 84, que la suma a que tiene derecho el trabajador derive del monto exacto del lucro total percibido por el patrono.

De igual forma, puede que las partes no lleguen a ningún acuerdo, debiendo acudir a los tribunales competentes a fin de que sea el sentenciador quien

fije el monto que deberá recibir el trabajador. Es de advertir que el artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo no especifica bajo qué criterio o mecanismo deberá el Juez establecer la suma que le corresponde al trabajador por concepto de invención o mejora; sin embargo, del mismo contexto de dicho precepto normativo se desprende que, a falta de acuerdo entre partes, tal estimación la hará el sentenciador conforme a la equidad, teniendo como límite o parámetro la cantidad pretendida por el demandante, y por supuesto, de acuerdo con las pruebas que demuestren la procedencia de la acción.

La decisión recurrida estableció entre otras que no existe base legal precisa para la estimación de la participación en el disfrute de la invención o mejora por lo tanto según el criterio del sentenciador y que particularmente comparto debería tomarse en cuenta la equidad como regla que le permitirá al juzgador fijar el monto justo de la pretendida participación. Esta argumentación queda plasmada en los siguientes términos:

Para este Tribunal las circunstancias analizadas son suficientes como para considerar cumplida la condición prevista originalmente en el artículo 48 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo y a partir del 01-05-1991 en el artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo para que el trabajador tenga derecho a una contraprestación como “*una participación en su disfrute*”. Debe, pues, determinarse lo que ha de ser considerado como una participación en su disfrute. Para el demandante, tal participación debió traducirse en un porcentaje calculado sobre el incremento en los ingresos brutos del patrono del uno por ciento (1%). Dicho criterio fue acogido parcialmente por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia apelada.

Ahora bien, en criterio de este Tribunal, tal estimación fundamentada en un porcentaje calculado sobre el incremento en los ingresos brutos del patrono, carece de base legal precisa, pues nada se indica en el texto del artículo 48 del Reglamento de la derogada Ley del Trabajo, ni en las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo o su Reglamento, sobre cuál debe ser el monto exacto de la retribución que corresponde al trabajador como participación en el disfrute y mucho menos, que ésta deba traducirse en un porcentaje sobre el incremento en los ingresos brutos del patrono. (...).

Es pues, la equidad, la regla que debe servir de guía al sentenciador para establecer la participación que ha de corresponder al trabajador inventor como consecuencia de la invención de empresa objeto de este juicio.

La sentencia de la Sala de Casación Social que venimos analizando concuerda con la recurrida y en tal sentido ratifica que el monto que debe recibir el trabajador por concepto de su participación de empresa debe ser precisado tomando como regla de interpretación la equidad que es lo que más se ajusta a la interpretación del artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo. Observemos los siguientes párrafos:

probado suficientemente su carácter de inventor, de la productividad del invento y los beneficios obtenidos, y que el sentenciador reconoce al indicar en el dispositivo de su sentencia que “el demandado obtuvo ingresos brutos sustancialmente superiores a los que obtenía con anterioridad, por la cantidad de treinta y ocho millones quinientos cincuenta y seis millones setecientos cuarenta y un mil ciento trece bolívares (Bs. 38.556.741.113,00)... (...) parece evidente a este Tribunal y así ha quedado demostrado en el presente juicio que la puesta en funcionamiento del invento mencionado fue considerado por el patrono demandado como un logro importante de su trabajador– tiene derecho a que se resuelva la controversia de acuerdo con los elementos de autos, que demostraron fehacientemente su condición de inventor, la productividad del invento y el beneficio obtenido por la demandada y estimar el monto de la participación en el disfrute del invento considerando la desproporción existente entre la retribución del trabajador y la magnitud del resultado.

La Sala de Casación Social reitera en el contenido del fallo ya transcrito lo siguiente:

Entonces, si el Sentenciador emplea la equidad para acordar el monto que le será acordado al demandante por concepto de participación en el beneficio de invención, puesto que el mismo no es una cantidad que se determine en la Ley, conforme al criterio de esta Sala, la indexación sólo procedería desde el momento en que se dicte el fallo hasta su efectiva ejecución, tal y como sucede con la reclamación por daño moral. La última cuestión observada se refleja en la misma decisión de esta Sala, fechada el 17 de mayo de 2000, cuando se establece:

Esta Sala de Casación Social, en virtud del fin perseguido por la indexación judicial en materia laboral, difiere de los criterios antes señalados, por cuanto, cuando se declare con lugar la pretensión de un trabajador por indemnización de daño moral, el Juez

podrá de oficio o a solicitud de parte, ordenar en la dispositiva del fallo la corrección monetaria del monto condenado a pagar por daño moral, pero sólo desde la fecha en que se publica el fallo, hasta su ejecución, debido a que la estimación hecha por el Juez es actualizada al momento en que dicta el fallo, la cual podrá estimar a su libre apreciación de conformidad con la doctrina sentada en el primer capítulo de este fallo. Así se declara.

Por lo tanto, siendo que el fallo empleado por la alzada como fundamento para acordar la indexación, el de fecha 17 de marzo de 1993 de la Sala de Casación Civil, se sustenta en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Trabajo, y observando que en el caso de autos no podía ser establecida dicha indexación en los términos en que se hizo, infringe la recurrida dicha norma al no aplicarla y determinar que en el presente asunto no se debía acordar, tal y como se efectuó, la corrección monetaria a la suma que se acordó pagar al demandante derivada del artículo 84 de la Ley Orgánica del Trabajo. Así se establece.

Visto que en el presente caso los hechos han sido soberanamente establecidos por los jueces que dictaron el fallo recurrido; y por cuanto la decisión que ha de dictar esta Sala de Casación Social en nada modifica el fondo del caso objeto de estudio, la sentencia que se proferirá se hará sin necesidad de reenvío, estableciéndose que la cantidad que el Juzgado Superior Cuarto del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas constituido con Asociados, condena a PDVSA, Petróleo y Gas, pagarle al ciudadano Simón Carmelo Flores Bermúdez según la sentencia dictada por ese Tribunal el 17 de enero de 2002, consistente en CIENTO VEINTE MILLONES DE BOLÍVARES (Bs. 120.000.000,00), será indexada sólo desde el momento de la publicación del presente fallo hasta su efectiva ejecución. Así se establece.

Los anteriores son apenas algunos aspectos relativos a la comunidad concubina y las invenciones y mejoras que se han tratado en dos vertientes primeramente en el campo del Derecho Civil y en la segunda en el escenario del Derecho del Trabajo, pues somos del criterio que la solución a los problemas de carácter jurídicos debe estar enmarcada en el llamado ENFOQUE SISTÉMICO DEL DERECHO que es una de las tesis que cuenta con nuestros afectos y que ya ha visto la luz en el mundo de las publicaciones en uno de los más recientes libros de mi autoría intitulado **“La Irrenunciabilidad, La Transacción y otros Temas Laborales”** Caracas-Venezuela. Vadell Hermanos Editores, C.A. Año 2003, a cuyo contenido remitimos al lector.

Finalmente ofrecemos nuestras excusas y la crítica benevolente de los potenciales destinatarios de este esfuerzo intelectual esperando que comprendan que la aproximación cognitiva que hemos hecho en cuanto a la COMUNIDAD CONCUBINARIA Y A LAS INVENCIONES Y MEJORAS, no representa la totalidad de lo que ha debido y pudiera expresarse en relación a ella porque insistimos el espacio y el cometido que el autor persiguió partiendo de las limitaciones señaladas no fue justamente lo total sino lo que humildemente hemos creído que denota alguna importancia para los que transitan diariamente por los caminos de estas instituciones del derecho. Concluimos como es nuestra costumbre en cualquier obra impresa citando un pensamiento de los autores clásicos según el cual *Aequitas Naturalis Merito Attenditur, ubi jus deficere invenitur*. –CON RAZÓN SE RECURRE A LA EQUIDAD NATURAL DONDE SE ENCUENTRA UNA DEFICIENCIA DEL DERECHO (r.90,7 Autores Clásicos Decio (IN TIT. FF. DE REGULA JURIS)

BIBLIOGRAFÍA

- BOCARANDA E. Juan José: *La Comunidad Concubinaria ante la Constitución Venezolana de 1999. El Amparo Constitucional Declarativo*. Caracas. Ediciones Principio-Vigencia. 2001.
- Cabanellas. Guillermo: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires. Argentina. Editorial. Heliasta. 2003.
- GONZÁLEZ FUENMAYOR, Mervy Enrique. *La irrenunciabilidad, la transacción y otros temas laborales*. Caracas-Venezuela. Vadell Hermano Editores. 2003.
- OSSORIO, Manuel: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Argentina. Editorial. Heliasta. 2003.
- MILLE MILLE, Gerardo. *Temas Laborales*. Volumen XIII. *Derecho del Trabajo en la Constitución Bolivariana y Comentarios sobre Legislación Laboral*. Caracas. Venezuela Paredes Editores. 2001.

Influencia del Código Napoleón en el Código Civil venezolano (en el bicentenario del *Code*)

José Manuel GUANIPA VILLALOBOS*

SUMARIO:

Introducción

1. El Código Napoleón.
2. Influencia del *Code* fuera de las fronteras francesas: 2.1 *Influencia en países europeos.* 2.2 *Influencia del Código Napoleón en países orientales.* 2.3 *El caso americano.*
3. La codificación en Venezuela: 3.1 *Desde la declaración de Independencia (1811) al Código Civil de 1862.* 3.2 *El Código de 1867.* 3.3 *El Código de 1873 y las reformas de 1880, 1896, 1904, 1916 y 1922.* 3.4 *El Código de 1942.* 3.5 *La reforma de 1982.* 3.6 *Situación actual.*
5. Influencia del Código Napoleón en el Código Civil venezolano.

Conclusión

* La Universidad del Zulia, Abogado (1989), Doctor en Derecho (1995). Magister Scientiarum en Ciencia Política. Profesor de Pre y Postgrado. Universidad Rafael Urdaneta, Profesor de Pre y Postgrado. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Zulia, Juez Titular por Concurso (1998-2001). Colegio de Abogados del Estado Zulia, Instituto de Estudios Jurídicos Ángel Francisco Brice, Presidente. Cámara de Comercio de Maracaibo, Centro de Arbitraje, Árbitro.

INTRODUCCIÓN

El 20 de marzo de 2004 se cumplieron doscientos años de la promulgación del Código Civil Francés (Código Napoleón), que todavía, con parciales reformas, rige en ese país y en otros que lo adoptaron.

La influencia de ese cuerpo normativo, comparable con la de la codificación justiniana del siglo VI d.C., sigue siendo patente en nuestro mundo globalizado de inicios del XXI.

Sin duda la fecha constituye un momento interesante para realizar un análisis retrospectivo del transitar del derecho civil mundial durante las últimas dos centurias, y en esa dirección se han celebrado varios certámenes en los que se han dado cita juristas de los diversos países que han recibido directa o indirectamente la influencia del *Code*. En París y Lima, específicamente, se han celebrado congresos internacionales. El de Lima, denominado '*Congreso Internacional Bicentenario del Código Napoleón*' se llevó a cabo durante los días 30 de junio, 1º y 2 de julio de 2004, patrocinado por el Convenio Andrés Bello (CAB), el gobierno francés y la Universidad de Lima en cuyas magníficas instalaciones se dieron cita los participantes.

En Venezuela la fecha ha pasado un tanto inadvertida, tal vez porque se considera que nuestro Código Civil fue tomado del Código italiano de 1865, sin recordar que éste tiene también su fuente en el Código Napoleón.

En cualquier caso, estimamos que dada la importancia del *Code* para el derecho positivo mundial, y habida cuenta del bicentenario que se celebra, resulta de mucho interés analizar la influencia que verdaderamente ha podido tener en nuestra legislación civil.

Para ello haremos en primer lugar un breve recuento de las circunstancias históricas y motivaciones que rodearon el proceso codificador francés. Luego haremos mención de los países en los que ha tenido importante repercusión jurídica. En cuarto lugar, analizaremos la evolución histórica del Código Civil venezolano, para posteriormente señalar las materias en las cuales el nuestro sigue al francés; y finalmente, se hará una indicación gráfica de las normas del Código venezolano que han tenido su fuente en el napoleónico.

1. EL CÓDIGO NAPOLEÓN

Las monarquías europeas del siglo XVIII, influenciadas por las ideas de la Ilustración, se propusieron modificar el orden social apoyándose en una nueva

visión jurídica, con el objetivo de fortalecer el Estado y asegurar el acatamiento y efectividad de sus decisiones. Así tuvo su inicio el proceso de codificación, que produjo su primer resultado en 1794, fecha en la cual se aprobó el Código prusiano. Otro proceso codificador se había iniciado antes en Austria (1753) impulsado también por la monarquía, pero que finalizó en 1811 con la aprobación del Código austriaco.¹

Paralelamente, y no sin anteriores intentos fallidos, en 1800 (el 24 termidor del año VIII) los Cónsules franceses, a cuya cabeza se encontraba Napoleón Bonaparte, designaron una comisión integrada por cuatro abogados y jueces prácticos a quienes encomendaron la tarea de elaborar el código civil francés. Eran François Denis Tronchet, para entonces presidente de la Corte de Casación; Félix Bigot de Préameneau, comisario del gobierno ante la Corte de Casación y abogado ante el Parlamento de París; Jean-Marie-Etienne Portalis, miembro de alto rango del gobierno; y Jacques Maleville, magistrado de la Corte de Casación y primer comentarista del *Code*.²

La designación de estos cuatro juristas se hizo con la premeditada intención de reunir en la comisión a los más representativos conocedores de los dos sistemas jurídicos que imperaban en la Francia de la época, el *droit coutumier* (derecho consuetudinario) y el *droit écrit* (derecho escrito). El primero de esos sistemas regía en las tres quintas partes del territorio, en la zona noroccidental de origen franco-burgundo; mientras que el derecho escrito se seguía en el resto del territorio y tenía una raíz romano-visigótica.

Tronchet y Bigot de Préameneau dominaban el derecho consuetudinario, mientras que Portalis y Maleville eran grandes conocedores del derecho escrito. A ellos, pero también al propio Napoleón, quien además de impulsar la constitución de la comisión, dirigió personalmente cincuenta y siete de las ciento dos sesiones del Consejo de Estado en las que se discutió el proyecto, se debe la unificación de la legislación civil francesa, cuya doble realidad y su dispersión, eran la causa de una grave inseguridad jurídica, generada por el difícil manejo y precario conocimiento de las instituciones normativas francesas, que a la fecha carecían de una mínima sistematización.³

¹ Arrubla, Jaime Alberto. *Las transformaciones en los contratos a partir del Código Civil francés*. Conferencia dictada en el marco del Congreso Internacional Bicentenario del Código Napoleón. 30 de junio 1º y 2 de julio de 2004. Universidad de Lima. Perú.

² Ramos Núñez, Carlos. *El Código napoleónico y su recepción en América Latina*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1997. Lima. p. 91.

³ “Existe en Francia ciento cuarenta costumbres que tienen fuerza de ley, todas ellas diferentes. Una persona que viaje en este país cambiará de ley con la misma frecuencia que su caballo cambia de lugar”. Voltaire citado por Ramos. *Op. Cit.* p. 92.

El trabajo de la comisión fue rápido, cuatro meses aproximadamente. Sin embargo repetidas objeciones a las que siguieron algunos cambios, impidieron la aprobación definitiva del texto, el cual se fue promulgando paulatinamente entre 1803 y 1804, en 36 leyes que regulaban las distintas materias aprobadas (derechos civiles, domicilio, matrimonio, paternidad y filiación, etc.). No fue sino el 20 de marzo de 1804 (mediante la denominada Ley del 30 de ventoso del año XII, según el calendario revolucionario) cuando el *Code* fue promulgado íntegramente, ordenándose la reunión de las mencionadas leyes parciales en un cuerpo orgánico al que expresamente se le dio el título de '*Código civil de los franceses*' (Artículo 1°).⁴ Con esta obra se logró fusionar la cultura jurídica romana reflejada en el *Corpus Iuris Civilis* y en las Instituciones de Gayo y Justiniano (de substancial influencia en el *droit écrit*), con el *droit coutumier*.

Fue sin dudas una extraordinaria labor en la que se supo condensar la sabiduría de los grandes sabios de la ciencia jurídica, de diferentes épocas, adaptándola convenientemente tanto a los valores, como a la cultura del pueblo galo, con una adecuada sistemática y con una expresión formal de fácil comprensión, pues uno de los objetivos de su principal mentor fue que al contenido del *Code* tuviese acceso la mayor parte de la población a la que iba dirigida, y no sólo a los eruditos y estudiosos del derecho.

Pero además de la síntesis de los conocimientos jurídicos desarrollados a través de muchos siglos, el Código Napoleón tuvo la virtud de haber incluido las ideas libertarias del momento, pues en su normativa tuvieron cabida los principios axiológicos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que fueron adoptados positivamente por muchos países de varios continentes en los que tuvo recepción legislativa el *Code*. Entre tales principios destacan el de igualdad ante la ley (Artículos 3 y 8) sin que se concedan prerrogativas derivadas de la posición social; el principio de libertad que se refleja en la adopción de la autonomía de la voluntad de las partes al contratar (Artículo 1.107); y el reconocimiento de la primacía del derecho de propiedad (Artículo 544). Destaca también la forma de regulación sistematizada de las normas sobre el Derecho de las Obligaciones que sin dudas constituye el centro de la ordenación de la conducta cívica (Artículo 1.134 y ss).

⁴ Para este trabajo se ha utilizado fundamentalmente la versión del Código Napoleón publicado por Henri, León y Jean Mazeaud, en su obra *Lecciones de Derecho Civil*, parte IV, volumen IV, traducido por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, EJE, Buenos Aires, pp. 277 y ss.

2. INFLUENCIA DEL *CODE* FUERA DE LAS FRONTERAS FRANCESAS

2.1 INFLUENCIA EN PAÍSES EUROPEOS

Aquellos países que se encontraban anexados a Francia fueron regidos también por el Código Napoleón. Fue el caso de Luxemburgo, los territorios alemanes situados en la ribera occidental del Rin, el Palatino, Prusia Renana, Hesse-Darmstadt, Ginebra, Saboya, Placencia, Mónaco y, especialmente, Bélgica, uno de cuyos ciudadanos formó parte de los más connotados exégetas del Código Civil, François Laurent. En muchos de estos territorios se mantuvo durante bastante tiempo vigente el Código, y concretamente en Bélgica, Luxemburgo y Mónaco se mantiene en vigor hasta la actualidad, con puntuales reformas.

También en la **Italia** dominada por las fuerzas militares napoleónicas se impuso el Código francés: en agosto de 1804 en Guastalla; luego en 1805 en Génova y Parma; en Lombardía, Módena, Venecia y Luca en 1806; la Toscana en 1808, Nápoles en 1809, y en el Estado Pontificio en 1812. Sin embargo, la restauración de la monarquía dejó sin efecto muy pronto (1814) la vigencia del *Code*, no sin antes producir un definitivo cambio en la filosofía jurídica: el derecho común (*ius comune*) en el que las conductas del hombre en sociedad se regulaban conforme a lo que señalaran la costumbre y la doctrina como fuentes directas, fue sustituido por el imperio exclusivo de la Ley.

Sin embargo, superado el resentimiento de la imposición forzada del *Code*, poco a poco en las regiones itálicas se fueron promulgando Códigos Civiles que tenían una clara influencia francesa, hasta que en 1865 se dictó el primer Código Civil italiano de la unidad nacional, que adopta el sistema napoleónico con algunas modificaciones. Este código tuvo vigencia hasta 1942, cuando comenzó a regir un nuevo Código inspirado en el alemán de 1900, y es la fuente directa del Código Civil venezolano.

En **Alemania**, igualmente como consecuencia de los triunfos militares de Francia, se impuso el *Code* en 1807, que rigió hasta 1900 cuando se promulgó el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch o BGB*). La adaptación del *Code* en tierras alemanas, tuvo modificaciones sociales importantes, entre las que se encuentra la erradicación del sistema de división social entre nobles, burgueses y campesinos, aun cuando mantuvo la institución feudal del mayorazgo, con la cual el emperador francés procuró la constitución de un nuevo factor de poder que le asegurara lealtad.⁵

⁵ Ramos. *Op. Cit.*, p. 117.

Luis Bonaparte, rey de **Holanda** y hermano del emperador francés, impuso en 1809 del *Code* en sus dominios, pero con haciéndole algunas modificaciones. Napoleón abolió el Reino y anexó su territorio a Francia promulgando la versión original como ley civil para todo el territorio holandés, que fue posteriormente (1838) reemplazado por otro también de marcada inspiración francesa, que ha venido sustituyéndose progresivamente desde 1970 por una nueva normativa.

En **Suiza**, los cantones de Ginebra y Berna están regidos desde 1804 por el Código Napoleón, y en **Rumania** no obstante que el Consejo de Estado designó una comisión para que adaptara a su realidad social el reciente Código Civil italiano, se terminó promulgando el Código francés.

En **Portugal** el primer Código Civil comenzó su vigencia en 1867. Se trataba de un cuerpo normativo con una sistematización propia, pleno de definiciones, en el que sin embargo se filtró la influencia del Código francés en materia de derechos reales, obligaciones y contratos.

España fue uno de los países europeos en los que más tardó en producir resultados el proceso de codificación. Ciertamente, una serie de proyectos –entre los que destaca fundamentalmente el de Florencio García Goyena de 1851– fueron sucesivamente rechazados, hasta que finalmente en 1889 se promulgó el Código Civil que todavía rige con algunas modificaciones. Si bien tiene varias fuentes, el Código español muestra marcada influencia del francés en lo que toca a algunos puntos del derecho de familia, y en especial en materia de obligaciones. Curiosamente la promulgación retardada de un código con influencia francesa, permitió que los postulados jurídicos del *Code* se exportaran, después de finalizado el período de expansión principal, a nuevos países como Filipinas, Cuba y Puerto Rico, a los que antes no había llegado.

2.2 INFLUENCIA DEL CÓDIGO NAPOLEÓN EN PAÍSES ORIENTALES

Ya sea por su poderío militar, o por el prestigio de su cultura, Francia irradió su influencia jurídica en países tan disímiles como Egipto, Líbano, Siria, Turquía, Argelia, Túnez, Marruecos, Irán, Senegal, Mauritania, Nigeria, Malí, Guinea, Gabón, el Congo, Burundi, Camerún, Japón y China, en los que el Código Napoleón si no fue adoptado totalmente, ejerció –y todavía ejerce– significativa ascendencia en la legislación civil de estas naciones.

2.3 EL CASO AMERICANO

Algo similar ocurre en tierras americanas, donde por ejemplo Haití lo adopta integralmente en 1825; el Estado de Luisiana (EE.UU.) lo implementa en 1808 y nuevamente en 1824, en México (estado de Oaxaca) progresivamente durante los años de 1827 y 1829, Bolivia en 1831, Costa Rica en 1841 y Perú en 1834.

El caso de Chile es muy particular, pues el Código Civil chileno, obra del jurista y literato venezolano Don Andrés Bello, constituye un trabajo bastante original, que se nutre de varias fuentes. Especialmente, en cuanto a su estructura, parece seguir, pero de manera avanzada, las Instituciones de Gayo y de Justiniano. No obstante, la influencia del Código Francés también se encuentra presente, particularmente en lo que atañe a la ley como fuente primordial del derecho, desplazando así a la costumbre. También se observa cierta influencia en lo que atañe a las disposiciones sobre paternidad y filiación, y la muerte civil.

El Código de Bello fue adoptado en otros países latinoamericanos, como Colombia (1859-1876), El Salvador (1859-1860), Panamá (1860), Ecuador en 1861, Nicaragua (1871) y Honduras (1880), y tuvo gran influencia en otros: Uruguay (1867), Argentina (1869) y Honduras (1909), lo que le valió ser conocido como el 'Código tipo de los Andes'.

En Argentina, Dalmacio Vélez Sárfield fue el redactor del primer Código Civil, promulgado el 27 de septiembre de 1869, y que según el propio autor tuvo como fuentes el proyecto para España de García Goyena, el Código chileno, y el proyecto brasileño de Freitas. Todavía se encuentra en vigencia, con algunas reformas, y no obstante la afirmación de algunos estudiosos que buscan en sus artículos la influencia remota del Código francés, es indiscutible que se caracteriza por su originalidad.⁶

3. LA CODIFICACIÓN EN VENEZUELA

El legislador venezolano de diferentes épocas ha utilizado variadas fuentes en su proceso de creación del derecho privado, tales como el Código de Andrés Bello de Chile (1857), el Código Napoleónico (1804), el proyecto de Código Civil español de Florencio García Goyena, el Código italiano de 1865,

⁶ *Ídem*, pp. 124 y ss.

el *Esboço* de Freitas para Brasil, y el proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones y los Contratos (1927).

Veamos a continuación cómo ha discurrido el proceso codificador en nuestro país.

3.1 DESDE LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA (1811) AL CÓDIGO CIVIL DE 1862

El Primer Congreso Constituyente de la República de Venezuela, instalado en Caracas el 02 de marzo de 1811, tuvo como especial interés la promulgación de un Código Civil y de otro Criminal, pero la caída de la primera y segunda repúblicas impidieron que cristalizaran los renovados propósitos de la actividad codificadora.

Restablecida finalmente la República, el Libertador Simón Bolívar advertía al Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819 que:

...nuestras Leyes son funestas reliquias de todos los despotismos antiguos y modernos; que este edificio monstruoso se derribe, caiga y apartando hasta sus ruinas, elevemos un Templo a la Justicia; y bajo los auspicios de su santa inspiración, dictemos un Código de Leyes venezolanas. Si queremos consultar monumentos y modelos de Legislación, la Gran Bretaña, la Francia, la América Septentrional los ofrecen admirables...⁷

Conformada posteriormente La Gran Colombia (Venezuela, Colombia y Ecuador), nuevamente se hicieron esfuerzos por la promulgación de los códigos civil y criminal, sin que se lograra el resultado esperado. La crisis jurídica derivada del desconocimiento del derecho vigente, tuvo como urgente y provisional solución la emisión de la Ley de 13 de mayo de 1825, por el Congreso de La Gran Colombia, en cuyo artículo primero se dispuso cuáles normas tendrían aplicación, y cual sería su orden de prelación; y lo hizo de la siguiente manera:

El orden con que deben observarse las Leyes en todos los Tribunales y Juzgados de la República, civiles, eclesiásticos, o militares así en materias civiles como criminales es el siguiente: 1º: Las decretadas o que en lo sucesivo decretare el Poder Legislativo. 2º: Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas

⁷ Academia Nacional de la Historia. *La Codificación de Páez*. Tomo I. (Código Civil de 1862). Caracas-1974. p. XVI.

del Gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808 que estaban en observancia bajo el mismo Gobierno español en el territorio que forma la República. 3º: Las Leyes de la Recopilación de Indias. 4º: Las de la Nueva Recopilación de Castilla, y 5º: Las de las Siete Partidas.⁸

Esta aciaga dispersión, insalvable hasta tanto se adoptara un cuerpo coherente, motivó a que nuevamente se hicieran esfuerzos por dictar un Código Civil, traducidos en el nombramiento de sucesivas comisiones, que produjeron un primer resultado treinta y dos años después de disuelta la Gran Colombia, con la aprobación del primer Código Civil venezolano, el 28 de octubre de 1862, que entró en vigencia el 18 de abril de 1863. Sin embargo, como consecuencia del triunfo de la Revolución Federal, fue abrogado rápidamente el 08 de agosto de 1863, para darle vigencia a las leyes anteriores a 1858, que recuperaron así su aplicación hasta la promulgación del Código de 1867.

Este Código de 1862, obra del insigne jurista venezolano del siglo XIX, Julián Viso, tiene como antecedente, un proyecto del mismo autor de 1854, basado fundamentalmente en el Código Francés. Sin embargo, el de 1862 contiene normas de las leyes peninsulares, y especialmente se inspira en el Código de Don Andrés Bello.

Como aspecto relevante contiene una incipiente y precaria –pero novedosa para la sociedad de aquella época– disposición sobre la aplicación temporal de la ley, determinando su validez a hechos futuros u ocurridos después de su promulgación (principio de irretroactividad de la ley); establece normas en materia de familia, que consagra derechos anteriormente inexistentes: titularidad de la patria potestad para la viuda y el reconocimiento de los hijos naturales. En materia sucesoral, concede vocación hereditaria al cónyuge supérstite.⁹

En el ámbito del Derecho de Obligaciones, señala cuatro fuentes: a) el contrato; b) los cuasicontratos; c) los delitos y faltas; y d) la ley.¹⁰

⁸ *Ibid.* pp. XVIII y XIX.

⁹ Carrillo Batalla, Tomás Enrique: *Historia de la Legislación Venezolana*. Tomo III. Academia Nacional de la Historia. Caracas, 1985. p. 214.

¹⁰ Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio: *Curso de Obligaciones*. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 1999, p. 60.

3.2 EL CÓDIGO DE 1867

Bajo la presidencia del General Antonio Guzmán Blanco se dictó un nuevo Código que constituyó una copia del proyecto redactado para España en 1851 por Florencio García Goyena en el que se privilegiaban los derechos individuales a la propiedad y a la libertad, y que tuvo sus fuentes en el derecho francés, en el romano clásico (Instituciones, Digesto), en la legislación real de las Partidas,¹¹ y en la legislación inglesa.¹² Este instrumento legal resultó desfasado de la realidad social de nuestro país, pues no tuvo en cuenta las particularidades y la idiosincrasia del pueblo venezolano, quien al considerarlo extraño a su cultura no respondió con el acatamiento esperado.

En materia de familia resalta la no concesión de vocación hereditaria a los hijos naturales manteniendo el trato discriminatorio del que eran objeto.

Este código contiene una clasificación bipartita de las fuentes de las obligaciones dividiéndolas en: a) El contrato y b) Las obligaciones que se forman sin convención (derivadas de la ley, cuasicontratos, delitos y cuasidelitos, en los que se incluye el pago de lo indebido y la gestión de negocios).¹³

3.3 EL CÓDIGO DE 1873, Y LAS REFORMAS DE 1880, 1896, 1904, 1916 Y 1922

El 27 de abril de 1873, también bajo la presidencia de Guzmán Blanco, comenzó a regir un nuevo Código Civil, que sustituyó en todo al de 1867, y que con diversas y puntuales modificaciones y dos reformas en el ámbito del derecho de las obligaciones y familia, la última de ellas de 1982, mantiene parte de sus normas vigentes.

El **Código de 1873** está inspirado directamente en el Código italiano de 1865, que tiene por modelo el Código Napoleónico, aunque se considera mejor concluido desde el punto de vista técnico por perfeccionar algunas instituciones de aquél.

Este Código fue estructurado conforme a la división de las Instituciones de Gayo en la que se basó su fuente principal (C.C. italiano de 1865). De allí

¹¹ Bello Lozano, Humberto: *Historia de las fuentes e instituciones jurídicas venezolanas*. Mobil-libros, Caracas 1989. p. 440.

¹² www.xtec.es/~jrovira6/bio/gargoyen.htm. *Base documental d'Història Contemporània de Catalunya*.

¹³ Maduro... *Ídem*.

que sus normas están distribuidas en tres títulos, el primero que regula las personas y la familia; el segundo se refiere a los bienes, las servidumbres, la comunidad, la posesión, etc., y el tercero está destinado a los derechos reales y a los derechos de crédito.¹⁴

Como características resaltantes de esta obra se mencionan: la secularización de los actos del registro civil sobre estado de las personas; la concesión de vocación hereditaria a favor de los hijos naturales, aunque de manera residual pues estaba condicionada a la inexistencia de descendencia legítima del causante. Aníbal Dominici enaltece sus disposiciones sobre el matrimonio, filiación y tutela, así como las normas sobre la propiedad y ‘sus desmembraciones’, las sucesiones testadas e intestadas, las donaciones, los contratos y las obligaciones que tienen su inspiración en los principios establecidos por los jurisconsultos de Roma.¹⁵ Introdujo el divorcio como medio de autorización judicial para la separación de los cónyuges, y no como forma de disolver el vínculo.

En 1880 se produjo una pequeña reforma, específicamente al estipular como impedimento dirimente del matrimonio las órdenes eclesiásticas.¹⁶

Otra reforma menor se dictó en **1896** con el objeto de facilitar la celebración del matrimonio¹⁷ y para establecer la jurisdicción venezolana sobre los muebles situados en la República, aun cuando fueran propiedad de extranjeros. Igualmente estableció tres nuevos impedimentos dirimentes, como el parentesco por afinidad en línea recta, el del cónyuge adúltero que dio causa al divorcio, y el del sometido a juicio por estupro, rapto, violación o seducción, mientras discurre el proceso judicial y cumple la condena. Instituyó la figura del Hogar, a manera de proteger el inmueble que sirve de asiento familiar, contra medidas de ejecución judicial.¹⁸

En **1904** se verifica una puntual reforma para establecer por primera vez el divorcio vincular.

¹⁴ Rangel Lamus, Amenodoro. *El Código Civil de 1873 y sus antecedentes legales*. Prólogo a la edición del Congreso de la República de Venezuela, conmemorativa del centenario del Código Civil de 1873 decretado por Antonio Guzmán Blanco. Caracas. 1973. p. xxi.

¹⁵ Dominici, Aníbal, citado por Carrillo Batalla, *Op. Cit.*, pp. 216 y 217.

¹⁶ Carrillo Batalla, *Op. Cit.*, p. 217.

¹⁷ Aguilar Gorrondona, José Luis. *Derecho Civil Personas*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas 1995. P. 25.

¹⁸ Carrillo Batalla. *Ídem*.

Una nueva modificación tuvo lugar en **1916** determinada por el objetivo de adaptarla a las circunstancias sociales del país. Destaca en tal sentido, la permisión de la investigación de la paternidad natural, facilitó la celebración del matrimonio entre concubinos y aumentó el número de funcionarios autorizados para presenciarlo. Equiparó a los hijos legítimos y naturales con respecto a la sucesión de su madre, pero mantuvo la discriminación con respecto a la herencia del padre.¹⁹

En cuanto al derecho de obligaciones, el Código de 1916, no obstante que mantiene la clasificación del código de 1873, introduce cambios para efectuar adecuaciones inspiradas en las corrientes modernas de la época; de tal manera se dispone que lo que anteriormente se denominaba ‘cuasidelitos’, se llamara ahora ‘hecho ilícito’, aunque mantuvo el término ‘cuasicontrato’. La clasificación que hace de las fuentes de las obligaciones, es la siguiente: la ley, los contratos, los cuasicontratos y el hecho ilícito.²⁰

En 1922 se produce una involución legislativa, cuando se reforma el Código Civil para suprimir la posibilidad de investigar judicialmente la paternidad natural, regresando al modelo francés del que proviene esta prohibición. Esta y otras pocas modificaciones de menor importancia se introdujeron en ese momento.²¹

3.4 EL CÓDIGO DE 1942

Un nuevo proceso de reforma se inició en 1930, y culminó con la promulgación del código de 1942, en el que se hizo una revisión integral que concluyó con la modificación de gran parte del articulado del código de 1922.

Específicamente se reformó lo relativo a temas de familia, como el matrimonio, la filiación, la patria potestad, la administración de la comunidad conyugal y de los bienes propios de los esposos, la tutela, la curatela, el consejo de familia, el tutor y el protutor. También hubo innovaciones en cuanto a la materia de bienes, sucesiones, donaciones, obligaciones y contratos.²²

De todas las reformas materializadas en este nuevo instrumento legal, resalta por su indiscutible singularidad, la atinente al derecho de obligaciones: en primer lugar por sus innovaciones, y en segundo término porque aun mante-

¹⁹ Aguilar Gorronzona. *Ídem*.

²⁰ Maduro... *Ídem*.

²¹ Aguilar Gorronzona. p. 26.

²² Carrillo Batalla, *Op. Cit.*, pp. 219 a 221.

niendo su clara influencia en el Código Italiano de 1865 (y por tanto indirectamente en el Código Napoleón), se siguió en este tema en particular al Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones y de los Contratos de 1927, que aun cuando no llegó a promulgarse como ley en dichas naciones, representó un avance significativo en el ámbito de las fuentes de las obligaciones. Igualmente en esta oportunidad fueron variados los cuerpos normativos que sirvieron de inspiración al legislador venezolano, citados en la propia Exposición de Motivos: Código alemán de 1923, el de Panamá y Uruguay, aun cuando éstos siempre en puntuales y escasos aspectos.²³

Este Código, si bien no establece una norma para la clasificación de las fuentes de las obligaciones, siguiendo el criterio de evitar caer en el terreno reservado a la doctrina y la jurisprudencia, permite advertir que el legislador consideró como tales, las siguientes: a) el Contrato (definido en el Art. 1.133); b) la gestión de negocios; c) el enriquecimiento sin causa; d) el pago de lo indebido, que aun cuando doctrinariamente se reconoce como especie del enriquecimiento sin causa, tiene una norma específica en el código comentado; e) el hecho ilícito, generador de responsabilidad por daños materiales y morales; y f) el abuso del derecho. También esta fuente pareciera tener un deslinde del hecho ilícito, aunque se encuentra prevista en parágrafo aparte de la misma norma que regula aquél (1.185).

Se observa la eliminación total en la enumeración de las fuentes de las obligaciones de los términos ‘delitos y cuasidelitos’ y ‘cuasicontratos’, pues en el primer caso el término ‘hecho ilícito’ resulta mucho más acorde al ámbito del derecho civil, en el que importa la reparación económica del daño —ocasionado por dolo, impericia, imprudencia o negligencia, independientemente del grado de culpabilidad—, y no la pena privativa de la libertad que eventualmente pudiera imponerse en sede criminal. En cuanto al término ‘cuasicontrato’ se consideró atinadamente que la ambigüedad de la denominación, y la ausencia de asentimiento del obligado en el nacimiento de la obligación, hacen impropia su utilización.

Sin embargo no incluye formalmente el ‘acto unilateral de voluntad’ ni la ‘representación’ como instituciones generadoras de obligaciones, aun cuando en el primer caso el tema se trata en la normativa sobre la oferta y la aceptación.

²³ *Idem. Op. Cit.*, pp. 221 y 222.

3.5 LA REFORMA DE 1982

En 1982 se hizo la última modificación al Código Civil, que se centró exclusivamente a la materia de familia y sucesiones.

El objetivo fundamental fue establecer una igualdad entre hijos naturales y legítimos, así como entre marido y mujer.

Se eliminaron los términos discriminatorios ‘naturales’ y ‘legítimos’ para referirse a la descendencia, y se sustituyó por los de ‘hijos matrimoniales’ y ‘extramatrimoniales’ a quienes se reconoció plena igualdad en los derechos familiares, patrimoniales y sucesorales con respecto a sus progenitores. Únicamente se mantiene una diferencia en cuanto a la cuota hereditaria, cuando son llamados a heredar a un colateral, por razón de la misma naturaleza de este tipo de sucesión. En tal caso se distingue entre hermanos de doble o de simple conjunción.

En cuanto al matrimonio, la mujer deja de estar obligada a utilizar el apellido del marido, y a seguirlo donde quiera que éste fije su residencia. En el primer caso, el uso del patronímico del esposo es optativo, y en el segundo, el domicilio conyugal debe ser fijado por ambos cónyuges, y en caso de disconformidad, el juez de familia decide. Se dispuso un mecanismo para asegurar la integridad del patrimonio común, al exigir el consentimiento de ambos en caso de enajenación de los bienes comunes y aun de los propios, pues los frutos de éstos forman parte de la comunidad conyugal.

Una de las reformas que mayores consecuencias ha traído para la familia venezolana es sin dudas la consagración de una causal de divorcio (185-A) de mutuo acuerdo cuando los cónyuges hubiesen estado separados de hecho por más de cinco años consecutivos. Tiene su antecedente en el Artículo 237 del Código Civil francés reformado por Ley N°: 75-617 del 11 de julio de 1975.²⁴ La práctica ha demostrado que sin cumplir tal requisito y con la simple afirmación de los cónyuges, se otorga el divorcio en un breve lapso de treinta días. Es la forma indirecta de hacer viable el divorcio por mutuo acuerdo, al que muchas parejas recurren, a veces impensadamente, cada vez que surge una crisis matrimonial, en grave detrimento de la institución familiar.

²⁴ Universidad Central de Venezuela. *Código Civil de Venezuela. Artículos 184 a 185-A*. Ediciones de la Biblioteca. Caracas. 1998. p. 349.

3.6 SITUACIÓN ACTUAL

Actualmente no existe movimiento alguno en torno a una posible reforma del Código Civil.

Si se quiere, Venezuela experimenta una etapa de desajuste o de descodificación, pues muchas de las materias que forman parte del derecho privado, están siendo reguladas por leyes especiales, que derogan en muchos casos capítulos enteros del Código Civil, y en otros constituyen regulaciones nuevas.

Así ocurre por ejemplo, con:

- Ley de Ventas con Reserva de Dominio. 1958.
- Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de posesión. 1973.
- Ley de Ventas de Parcelas. 1983.
- Ley de Propiedad Horizontal. 1983.
- Ley que regula y fomenta la Multipropiedad y el sistema de Tiempo Compartido. 1995.
- Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente. 1998
- Ley de Arrendamientos Inmobiliarios. 1999.
- Ley sobre Mensaje de Datos y Firma Electrónica. 2001
- Ley de Tierras y Desarrollo agrario. 2001.
- Ley de Registro Público y Notariado. 2001.
- Ley especial de Asociaciones Cooperativas. 2001

4. INFLUENCIA DEL CÓDIGO NAPOLEÓN EN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO

Aun cuando las fuentes principales de nuestra legislación civil se encuentran en el Proyecto Franco Italiano de las Obligaciones y de los Contratos de 1927, en lo que atañe al derecho de obligaciones, la circunstancia de que la mayor parte tenga su origen en el Código Civil italiano de 1865 trae como consecuencia, que el Código francés –que inspira al italiano– ejerza indirectamente influencia en nuestra ley sustantiva civil.

Así, una comparación de las normas del Código Civil venezolano con el napoleónico nos permite observar que aquél sigue al *Code* casi textualmente, en lo que se refiere a temas como:²⁵

Domicilio; Impedimentos dirimentes para contraer matrimonio; Manifestación de esponsales y formación de expediente; Oposición al matrimonio; la reconciliación sobrevenida, causa de extinción de la pretensión de divorcio; Presunción de filiación paterna; Posesión de estado; Emancipación del menor de edad por matrimonio; Personas sujetas a interdicción; Clasificación de los bienes inmuebles por su naturaleza o por su destinación; Clasificación de los bienes muebles por su naturaleza o por disposición legal; Definición de bienes muebles por su naturaleza; Presunción de propiedad de la construcción, plantación o siembra a favor del propietario del suelo; Indemnización por construcción en suelo propio con materiales ajenos; Edificación propia en suelo ajeno; Aluvión propio; Avulsión; Adquisición de bienes muebles; Usufructo, uso y habitación; Aceptación de la herencia; repudiación de la herencia; Aceptación de la herencia a beneficio de inventario; Herencia vacante; Derecho a pedir la partición de una comunidad; Colación; Rescisión de la partición por lesión; Vicios del consentimiento; Efecto de ley de los contratos, principio de la inmutabilidad y buena fe; Indivisibilidad de la obligación entre acreedor y deudor; Formas de ejecución de obligaciones de hacer y no hacer; Pago de la obligación de transferir la propiedad; Personas facultadas para recibir el pago; Objeto del pago. Principio de identidad del pago; Principio de indivisibilidad del pago; Lugar del pago; Pago con subrogación; Imputación de pagos; Oferta de pago y depósito; Novación; Prueba de liberación del deudor: entrega del documento privado original; Remisión de la prenda no comporta la de la deuda; Remisión de la deuda; La compensación; Pérdida de la cosa debida; Carga de la prueba; Documento auténtico; Documento privado; presunciones; Confesión; Juramento (decisorio y deferido de oficio); Obligaciones principales del vendedor: Tradición de la cosa mue-

²⁵ Para esta comparación, como para la tabla anexa, se utilizó el Código Civil venezolano (antecedentes, doctrina y jurisprudencia) publicado por la Universidad Central de Venezuela, para los Artículos del 1 al 196, del 445 al 463, del 525 al 581, el 1185, del 1250 al 1297, y del 1326 al 1345, y para el resto, el Código Napoleón de 1804 publicado por los hermanos Mazeaud en la obra citada.

ble y de cosas incorpóreas; Saneamiento por evicción y por vicios ocultos; Obligaciones del comprador; Venta con pacto de retracto; La permuta; Comodato; Préstamo a interés; Depósito; Secuestro contractual y judicial; Prescripción.

CONCLUSIÓN

No obstante las continuas reformas de nuestra legislación civil, y la diversidad de antecedentes de los que se nutre, en muchas de sus normas vigentes se observa la marcada influencia del *Code*.

Puede afirmarse, que de un total de 1.995 artículos que contiene el Código Civil venezolano, más de 300 han recibido su probable influencia directa del Código Napoleón,²⁶ es decir, un porcentaje mayor al 15%, lo cual en una obra que ha tenido diversas fuentes, no impide admitir que el código francés, si bien no es la más importante, no deja de tener significativa importancia en nuestra legislación.

Esta experiencia que se reproduce en gran parte del mundo moderno mantiene a la obra codificadora de Napoleón en el sitio que profetizó desde su destierro en la isla de Santa Elena, cuando haciendo un análisis retrospectivo de su trayectoria, afirmó:

Mi verdadera gloria no consiste en haber vencido cuarenta batallas. Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nadie borrará, aquello que vivirá eternamente es mi código civil y las actas verbales del Consejo de Estado.

²⁶ *Vid.* Cuadro anexo.

ADENDUM
Influencia del Código Napoleón en el vigente Código Civil venezolano.
Cuadro comparativo.

Art. CCV.²⁷	Art. CN.²⁸	Tema regulado.
27	102	Domicilio – asiento principal de los negocios e intereses.
29	103, 104 y 105	Cambio de domicilio.
32	111	Libertad para escoger domicilio especial.
34	109	Domicilio de los dependientes y sirvientes.
36	16	Caución de solvencia judicial. (<i>Cautio iudicatum solvi</i>)
51	161	Impedimento dirimente para contraer matrimonio (ascendientes-descendientes y afines en línea recta)
52	162	Impedimento dirimente entre hermanos.
53	163 y 163	Impedimento impediente entre tíos y sobrinos y por afinidad colateral.
59, 60 61 67, 68 y 69	148, 149 150 160 73, 63, 64, 166, 167, 168, 69, 70 y 71	Autorización al menor para contraer matrimonio. Manifestación de esponsales y formación de expediente.
72, 74, 77, 78 y 80	173, 172, 66, 68 y 179	Oposición al matrimonio.
82, 86, 88 y 89	74, 75, 76 y 165	Celebración del matrimonio.
103	171	Inscripción del matrimonio contraído por un nacional en el extranjero.

²⁷ Código Civil venezolano.

²⁸ Código Napoleón.

Art. CCV	Art. CN	Tema regulado.
113	194	Prueba para reclamar los efectos civiles del matrimonio.
114	196	Prohibición de pedir la nulidad del matrimonio cuando existe posesión de estado
116	198	Inscripción de la sentencia dictada en juicio penal que reconoce la celebración del matrimonio, para que surta los efectos del acta civil.
117 y 118, 120, 122, 124, 127	184, 191, 180, 181 185, 186 188, 189, 190, 201 y 202	Nulidad del matrimonio.
133	156, 157, 192 y 193	Sanciones a los funcionarios públicos por violación de las disposiciones relativas al matrimonio.
143, 144, 145, 146	1.394, 1.396, 1.397, 1.318,	Capitulaciones matrimoniales.
148, 149	1.393, 1.399	Comunidad de gananciales
178	1.446	No legitimación de los acreedores de los cónyuges para pedir, sin su consentimiento, la separación de bienes.
184	227	Disolución del matrimonio por muerte y divorcio.
185	229, 231 y 232	Causales de divorcio: adulterio de la mujer, excesos, sevicia o injuria graves, la condena de uno de los esposos.

Art. CCV	Art. CN	Tema regulado.
189	306	Separación de cuerpos contenciosa.
193	303	Conservación por parte del padre o de la madre, del derecho a vigilar la educación del hijo independientemente de a quien se haya confiado al hijo.
194	272	La reconciliación sobrevenida, causa de extinción de la pretensión de divorcio
201	312	Presunción de filiación paterna
202	314	Hijo nacido antes de los 180 días de celebrado el matrimonio.
214	321	Posesión de estado
382	476	Emancipación del menor de edad por matrimonio.
393	489	Personas sujetas a interdicción.
394	490 y 491	Legitimación para pedir la interdicción.
418	115	Presunción de ausencia.
426	120	Posesión provisional de los bienes del ausente.
446 y 447	40 y 41	Libros del registro civil.
448, 449, 450, 452 y 455	34, 37, 38, 39, 42, 44 y 49	Partidas o actas del estado civil.
458	46	Pérdida y forma de suplir las actas del estado civil.
461	53	Inspección de los libros del registro civil.

Art. CCV	Art. CN	Tema regulado.
526	517	Clasificación de los bienes inmuebles por su naturaleza o por su destinación.
531	527	Clasificación de los bienes muebles por su naturaleza o por disposición legal.
532	528	Definición de bienes muebles por su naturaleza.
533	529	Bienes muebles por determinación de la ley.
545	544	Derecho de propiedad
547	545	Limitaciones al derecho de propiedad. Expropiación por causa de utilidad pública.
551	647	Cierre de fundos.
552	547, 583 y 584	Accesión de frutos naturales y civiles.
553	548	Obligación de quien recoge los frutos.
555	553	Presunción de propiedad de la construcción, plantación o siembra a favor del propietario del suelo. (<i>Superficie solo cedit</i>)
556	554	Indemnización por construcción en suelo propio con materiales ajenos.
557	555	Edificación propia en suelo ajeno.
561, 562, 563	556, 557, 558	Aluvión propio
564	559	Avulsión

Art. CCV	Art. CN	Tema regulado.
565	560	Propiedad de la República de los islotes, islas y otras formaciones que aparezcan en ríos y lagos interiores navegables o en los mares adyacentes a las costas.
566	561	Propiedad privada de islas formadas en ríos no navegables.
568	562	Formación de islas por variaciones del cauce del río.
569	563	Mutación de cauce.
570	564	Paso de animales de un vivero a otro.
571 a 581	565 a 577	Accesión de bienes muebles.
583	578	Concepto de usufructo.
584	579 a 581	Forma y bienes objeto de usufructo.
587	586	Frutos civiles propiedad del usufructuario.
588	588	Usufructo de renta vitalicia.
589	587	Usufructo de cosas consumibles.
590	589	Usufructo de cosas perecederas
591	590	Usufructo de monte tallar.
593 y 594	592	Prohibición de cortar árboles y autorización excepcional para reparaciones.

Art. CCV	Art. CN	Tema regulado.
595	594	Árboles frutales derribados por accidente, propiedad del usufructuario, con cargo de reponerlos.
599	597 y 598	Derecho de servidumbres, minas y canteras a favor del usufructuario.
600	599	Deber de respeto del propietario a los derechos usufructuarios.
601 a 618	600 a 616	Obligaciones del usufructuario.
619 a 623	617 a 620, 623 y 624	Modos de terminación del usufructo.
625, 626	632, 633	Derechos del habitacionista.
628	627	Deber del usuario de usar la cosa como buen padre de familia
771, 773, 774, 776, 777, 779	2.228, 2.230 a 2.234	Posesión.
996	774	Aceptación de la herencia.
1.001	777	Efecto retroactivo de la aceptación de la herencia.
1.002	778	Aceptación expresa o tácita de la herencia.
1.013	785	Efecto retroactivo de la repudiación de la herencia.
1.023, 1.025 y 1.027	793, 794 y 795	Aceptación a beneficio de inventario.

Art. CCV	Art. CN	Tema regulado.
1.060 a 1.062	811 a 814	Herencia vacante.
1.066	815	Derecho a pedir la partición de una comunidad.
1.083	843	Colación.
1.120	887	Rescisión de la partición por lesión.
1.146, 1.148. 1.150 y 1.154	1.109, 1.110, 1.111 y 1.116	Vicios del consentimiento. (error, violencia y dolo).
1.157 y 1.158	1.131 a 1.133	De la causa de los contratos.
1.159 y 1.160	1.134 y 1.135	Efecto de ley de los contratos, principio de la inmutabilidad y buena fe.
1.252	1.220	Indivisibilidad de la obligación entre acreedor y deudor
1.266	1.144 y 1.145	Formas de ejecución de obligaciones de hacer y no hacer.
1.277	1.153	Intereses como indemnización por incumplimiento de obligaciones de pagar cierta suma.
1.284	1.237	Imposibilidad de cumplimiento de obligación de hacer por un tercero cuando es <i>intuitu personae</i> .

Art. CCV	Art. CN	Tema regulado.
1.285	1.238	Pago de la obligación de transferir la propiedad (obligación de dar)
1.286 a 1.289	1.239 a 1.242	Personas facultadas para recibir el pago (<i>accipiens</i>).
1.290	1.243	Objeto del pago. Principio de identidad del pago.
1.291	1.244	Principio de indivisibilidad del pago.
1.293 y 1.294	1.245 y 1.246	Pago de las obligaciones de dar.
1.295	1.247	Lugar del pago.
1.297	1.248	Gastos del pago a cuenta del deudor.
1.298 a 1.301	1.249 a 1.252	Pago con subrogación.
1.302 a 1.305	1.249 a 1.252	Imputación de pagos.
1.306 a 1.312	1.257 a 1.263	Oferta de pago y depósito.
1.314 y 1.315	1.271 y 1.273	Novación.
1.326	1.282	Prueba de liberación del deudor: entrega del documento privado original.
1.327	1.286	Remisión de la prenda no comporta la de la deuda.
1.330	1.288	Remisión de la deuda.
1.331 a 1.335, 1.338 a 1.341	1.289 a 1.293, 1.296 a 1.299	La compensación.

Art. CCV	Art. CN	Tema regulado.
1.344	1.302	Pérdida de la cosa debida.
1.354	1.315	Carga de la prueba.
1.357 a 1.362	1.317 a 1.321	Documento auténtico.
1.363 a 1.379	1.322 a 1.332	Documento privado.
1.383	1.333	Tarjas.
1.394	1.349	De las presunciones.
1.395 a 1.398	1.350 a 1.352	Presunciones legales.
1.399	1.353	Presunciones <i>hominis</i> .
1.400 y 1.404	1.354 y 1.356	Confesión
1.406 a 1.421	1.357 a 1.367	Juramento. (decisorio y deferido de oficio).
1.486	1.603	Obligaciones principales del vendedor.
1.489 y 1.490	1.606 y 1.607	Tradicón de la cosa mueble y de cosas incorporales.
1.492	1.609	Lugar de la entrega de la cosa vendida.
1.503 a 1.525	1.626 a 1.640	Saneamiento por evicción y por vicios ocultos.
1.527, 1.528 y 1.530	1.650 y 1.653	Obligaciones del comprador.
1.534 a 1.545	1.659, 1.660, 1.662 a 1.673	Venta con pacto de retracto.
1.558 a 1.563	1.702 a 1.705 y 1.707	La permuta.

Art. CCV	Art. CN	Tema regulado.
1.724	1.875	Comodato.
1.745	1.905	Préstamo a interés.
1.749 a 1.752	1.915 a 1.920	Depósito
1.780 a 1.784	1.955 a 1.960	Secuestro contractual y judicial.
1.877	2.114	Hipoteca.
1.952, 1.954 a 1.960, 1.962, 1.967 a 1.969, 1.975 y 1.976	2.219, a 2.223, 2.225 a 2.227, 2.239, 2.242 a 2.244, 2.260 y 2.261	Prescripción.

Validez de sociedades mercantiles entre cónyuges

Milagros HERNÁNDEZ DE SOJO-BIANCO*

*Cuando visito un país, me preocupa menos conocer cuáles son
sus leyes que saber si se aplican*

Montesquieu

SUMARIO:

Introducción

1. Generalidades.
2. Doctrina nacional.
3. Doctrina y jurisprudencia extranjera.

* **Universidad Santa María**, Abogada 1981. Doctorados en Derecho Civil y Mercantil, Ciencias Penales. Profesora de Postgrado en Derecho Mercantil (1992), Profesora Agregada Pre-grado en Familia y Sucesiones (1986). **Universidad Central de Venezuela**, Profesora Instructora por concurso de oposición (2001). Coautora de la obra: *El Derecho de Alimentos en la Legislación Venezolana*. Edit. Mobilibros. Caracas, 2002. Autora de diversos trabajos, artículos y ensayos especializados.

INTRODUCCIÓN

Ante la inexistencia de normas jurídicas que acepten la validez o no de las sociedades mercantiles celebradas entre cónyuges, y ante diversas doctrinas tanto nacionales como extranjeras, apoyando en unos casos y en otras proclamando vicios o nulidades en dichas sociedades, hemos querido penetrar en el tema, a los fines de llevar al lector una posición sobre la materia, pues es determinante en nuestra realidad social cada día más la celebración entre esposos de esta naturaleza contractual.

1. GENERALIDADES

La validez o no de las sociedades mercantiles entre cónyuges debe necesariamente partir del articulado que nos trae el Código Civil venezolano; en efecto, el artículo 148 establece: “Entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes, de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio”. Esa comunidad de bienes que se produce durante el matrimonio se rige por las reglas del contrato de sociedad, en cuanto no se opongan, tal como lo expresa el artículo 150.

Por otra parte, establece el artículo 1.481 del citado Código que: “Entre marido y mujer no puede haber venta de bienes”.

2. DOCTRINA NACIONAL

El autor patrio José-Loreto Arismendi, en su obra Tratado de las Sociedades Civiles y Mercantiles, expresa que es difícil comprender el interés que puedan tener dos cónyuges para celebrar entre ellos una sociedad civil o mercantil, cuando están casados bajo el régimen de comunidad de bienes, según el cual son comunes de por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio. Las ventajas en este caso pudieran ser modificar las bases según las cuales se reparten por mitad los beneficios.

Más adelante señala el mencionado autor que, por el contrario cuando el matrimonio se ha celebrado bajo el régimen de separación de bienes, la formación de una sociedad en nombre colectivo entre cónyuges puede resultar una forma para constituir entre ellos una comunidad de intereses que fue desechada en el momento de la celebración del matrimonio.

Existe jurisprudencia extranjera muy firme y antigua, que considera nula toda sociedad entre esposos, sin distinguir cuál es el régimen patrimonial exis-

tente entre ellos, ni si la sociedad es sólo entre los esposos o entre éstos y terceras personas.

Entre marido y mujer no puede haber venta de bienes, dispone de manera terminante el artículo 1.481 del Código Civil:

La venta de bienes está prohibida entre los cónyuges, porque si se permitiera sea daría un medio de cambiar el régimen del matrimonio, de disimular donaciones y de burlar la acción de los acreedores... Aníbal Dominici, *Comentarios al Código Civil Venezolano*, tomo III, p. 328.

Al analizar las opiniones doctrinales y jurisprudenciales que abogan por la nulidad de las sociedades mercantiles entre cónyuges, José-Loreto Arismendi, en su obra antes citada, expresa:

...creo llegar al convencimiento de que las sociedades entre marido y mujer no serían nulas de por sí, en principio, sino que deberían ser anulables tan sólo en los casos en que dicha sociedad se haya constituido para burlar disposiciones legales en cuanto al régimen matrimonial de los bienes, las donaciones entre esposos y la protección de los herederos legitimarios, especialmente aquellos hijos habidos durante un matrimonio anterior de alguno de los cónyuges.

Otras posiciones doctrinarias encabezadas por los autores Carlos Morales y Pineda León, antes de la reforma del Código Civil Venezolano, ocurrida en julio de 1982, expresaban oposición a las sociedades mercantiles entre cónyuges, alegando que era incompatible el régimen creado por una sociedad de personas entre cónyuges y el régimen de comunidad conyugal, especialmente por el derecho de disposición y administración del marido. En efecto, si el marido puede disponer de las utilidades, no hay sociedad en nombre colectivo; y si no puede disponer de ellas, se altera el régimen de la comunidad legal. A estos argumentos el también autor Roberto Goldschmidt señalaba que a tales utilidades resulta aplicable el artículo 168 (derogado) del Código Civil, es decir, son bienes comunes administrados por la mujer; no se pueden tratar de manera distinta los bienes adquiridos por la mujer como comerciante individual y como socio de una sociedad de personas.

Tales comentarios han dejado de tener trascendencia debido a las modificaciones ocurridas en los artículos 140, 168 y 180 del Código Civil Venezolano, pues como quedó dicho ese instrumento legal se reformó y trajo

como consecuencia la desaparición de la potestad marital sobre todo en materia patrimonial.

Sostiene el autor Alfredo Morles Hernández en su obra, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, que “no existe incompatibilidad entre la igualdad de los socios en la sociedad de personas y el régimen de la comunidad de gananciales. En efecto, los artículos 168 y 180 del Código Civil han dado lugar a la siguiente situación: cada uno de los cónyuges tiene la libre administración, separada e individual de los bienes comunes; por las obligaciones se responde en un grado distinto: si la obligación es personal se responde con los bienes propios y subsidiariamente con los bienes de la comunidad; por último, el otro cónyuge responde con sus bienes propios –de por mitad– si ha consentido el acto. Este régimen de separación y de ejecución subsidiaria y no solidaria es bastante semejante al sistema de relaciones creados para los socios de la sociedad en nombre colectivo, con excepción de la responsabilidad conjunta que se consagra entre marido y mujer (artículo 180 del Código Civil), sustituida por la solidaridad del artículo 107 del Código de Comercio en el supuesto de que alguno de los cónyuges ejerza el comercio profesionalmente, con el consentimiento del otro cónyuge. Solamente en el caso de que existiera un régimen de separación absoluta de patrimonios, proveniente de capitulaciones, podría pensarse en la eventual nulidad de una sociedad de personas entre cónyuges, pero el contrato no sería nulo *per se*, debería demostrarse que efectivamente se ha alterado el régimen de las capitulaciones. De lo contrario, el contrato se presume válido. Cuando se demuestre que la existencia o constitución de la sociedad constituye un fraude que *afecta a terceros*, éstos podrían invocar la nulidad, pero no de la sociedad sino del acto de aporte o de transferencia de los bienes a la sociedad, por medio del cual se afecta el patrimonio del aportante, prenda común de sus acreedores”.

Es perfectamente legal la constitución de una sociedad, sea cual fuere su clase entre marido y mujer, independientemente si ellos son los únicos o no integrantes de la compañía, así lo sostiene el autor venezolano Ely Saúl Barboza Parra en su obra, *Derecho Mercantil-Manual Teórico Práctico*.

3. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

En **Francia** la jurisprudencia sostuvo durante mucho tiempo la nulidad de estas sociedades, independientemente del régimen patrimonial adoptado por los cónyuges; si la sociedad se había creado antes o después del matrimo-

nio; si sólo eran socios los cónyuges o tenían participación societaria terceras personas.

Las sentencias al principio se referían a las sociedades de personas, posteriormente las decisiones se extendieron a las sociedades de responsabilidad limitada, no siendo aplicable a las sociedades anónimas.

La mayoría de las decisiones establecía el principio de la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales, ya que los esposos, al formar una sociedad, crearían entre ellos una comunidad de intereses que frustraría el régimen de bienes establecido por la ley o por el contrato de matrimonio. La sociedad entre cónyuges fue considerada nula y la nulidad fue declarada de orden público.

La ordenanza de fecha 19 de diciembre de 1958 permitió la formación y existencia de sociedades entre cónyuges, asociados con terceros. Con posterioridad la Ley 66-538 de fecha 24 de julio de 1966, admitió la validez de las sociedades integradas sólo por esposos, y por tanto, el Código Civil Francés en su artículo 1.841, expresa:

Ambos esposos pueden, solos o con otras personas, ser socios en una misma sociedad y participar, juntos o no, en la gestión social. Sin embargo, esta facultad se reconoce cuando uno y otro no sean responsables ilimitada y solidariamente de las obligaciones sociales.

Sin embargo, algunos doctrinarios franceses sostienen que los cónyuges pueden ser socios de una sociedad en nombre colectivo, siempre y cuando no sean los únicos socios. A tal posición otros señalan que la prohibición es absoluta, haya o no asociados con los cónyuges y cualquiera sea el régimen matrimonial y la fecha de la constitución de la sociedad.

En **Argentina**, Rippe Kaiser señala la existencia de tres tesis distintas, respecto a la efectividad de una sociedad mercantil entre cónyuges, a saber:

Tesis restrictiva: Los cónyuges no pueden celebrar ningún tipo de sociedad por las razones siguientes: las disposiciones civiles prohíben las donaciones y la compraventa (artículos 1.657 y 1.675 del Código Civil), aun en el caso de que éstos se encuentren separados de bienes, ya que las reglas de la sociedad conyugal por su naturaleza son incompatibles con otro tipo de sociedad.

Tesis Amplia: La ley no contiene previsiones especiales respecto a la contratación de una sociedad comercial entre cónyuges. El Código Civil sólo prohí-

be ciertos contratos entre cónyuges: la donación y la compraventa, por lo que la mujer podrá contratar sociedad comercial con el marido y viceversa.

Tesis Intermedia: Ésta sostiene que los cónyuges sólo pueden celebrar contratos de sociedad tipificados por la responsabilidad limitada a los aportes, para evitar confusiones que se pudieran derivar de la existencia de la sociedad conyugal. Si los cónyuges estuvieran separados de bienes, serían admisibles otras modalidades societarias.

Para terminar con las discusiones sobre la materia, Argentina dicta la Ley 19.550, artículo 27 que autoriza a los cónyuges a formar sociedades comerciales siempre que sean sociedades por acciones o de responsabilidad limitada. Sin embargo, se ha propuesto la modificación de dicho artículo a semejanza del francés que establece que: “Los esposos pueden ser socios de cualquier sociedad civil o mercantil mientras los dos no respondan solidaria e ilimitadamente por las obligaciones sociales”.

CONCLUSIONES

Para finalizar deseamos expresar nuestra opinión favorable a favor de la validez de las sociedades celebradas entre cónyuges, pues después de haber analizado la doctrina y jurisprudencia tanto nacional como foránea a favor y en contra de esas sociedades, y teniendo como norte el contenido del artículo 1.481 del Código Civil Venezolano que dispone que entre marido y mujer no puede haber venta, hemos arribado a las conclusiones siguientes:

- 1.- La capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, y el citado artículo proclama una prohibición sólo para los contratos de compraventa entre cónyuges; por lo que la norma debe ser interpretada en forma restrictiva y no extensiva a otra clase de contratos, como en este caso serían los de naturaleza comercial.
- 2.- Cuando en doctrina se habla de que los cónyuges casados bajo el régimen de capitulaciones matrimoniales no pueden constituir sociedades mercantiles, ya que dichos contratos pre-matrimoniales son por naturaleza inmutables, queremos señalar que la misma se refiere a que la capitulación no puede ser alterada después de celebrado el matrimonio, pero en nada impide la celebración de sociedades mercantiles entre esposos.
- 3.- En doctrina también se expresa que esas sociedades entre cónyuges vulnerarían el derecho de los herederos legitimarios. Al respecto nos permiti-

mos acotar que, ese presunto derecho no nace hasta el momento de la apertura de la sucesión, es decir, con el fallecimiento del causante.

4.- También en la doctrina nacional como extranjera, como quedó dicho, no permitir las sociedades mercantiles entre cónyuges, ya que las mismas pueden resultar en fraude de los acreedores. Creemos que tal posición sólo revela pensar que los cónyuges estarían actuando de mala fe, de lo cual disentimos.

5.- No existe en el ordenamiento jurídico venezolano norma expresa que prohíba la celebración de estas sociedades entre los cónyuges.

6.- Por último, el Anteproyecto de Ley de Sociedades Mercantiles de 1987, artículo 5, dispone:

Será válida la sociedad entre cónyuges, aunque éstos sean los únicos socios. Los cónyuges, conjunta o separadamente, podrán aportar toda clase de bienes a la sociedad que formen entre sí o con otras personas.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISMENDI, Jose-Loreto. *Tratado de las Sociedades Civiles y Mercantiles*. Quinta edición. Editorial Gráficas Armitaño, C.A. Caracas, 1976.
- BARBOZA PARRA, Ely Saúl. *Derecho Mercantil-Manual Teórico Práctico*. Quinta edición. McGraw-Hill Interamericana de Venezuela, S.A., 2003.
- BORJAS, Leopoldo. *Instituciones de Derecho Mercantil. Las Sociedades*. Ediciones Schell, C.A. Caracas, 1975.
- Código Civil Venezolano*. Vadell Hermanos Editores, 1982.
- Código de Comercio Venezolano*. Editorial La Torre. Caracas, 1965.
- DOMINICI, Aníbal. *Código Civil Venezolano*. Tomo III. Primera edición. Ediciones J.C.V., 1904.
- GOLDSCHMIDT, Roberto. *Curso de Derecho Mercantil*. UCV. Caracas, 1954.
- HUNG VAILLANT, Francisco. *Sociedades*. Cuarta edición. Raúl Clemente editores, C.A., 1993.
- MACERO, Germán. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Ediciones Schell, C.A., Caracas, 1989.
- MORALES, Carlos. *Comentarios al Código de Comercio Venezolano*. Tomo I. Ediciones Garrido, Caracas, 1954.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil. Las Sociedades Mercantiles*. Tomo II. Quinta edición. UCAB, Caracas, 2002.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Vigésima edición. McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- SOJO BIANCO, Raúl. *Apuntes de Derecho de Familia y Sucesiones*. Decimocuarta edición. Editorial Mobilibros, Caracas, 2001.
- URIA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. Vigésima cuarta edición. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- VIVANTE, César. *Tratado de Derecho Mercantil*. Editorial Reus, Madrid, 1932.
- Internet: Aviso legal. <http://noticias.Jurídicas.com>

Objeto social de Petróleos de Venezuela, S.A., y de sus empresas filiales operadoras de las actividades de hidrocarburos –Transformación del objeto social inicial–

Juan Ignacio LESSMANN*

SUMARIO:

Introducción

- 1. Análisis del objeto social de las empresas petroleras (Petróleos de Venezuela, S.A. y sus Empresas Filiales).**
- 2. El objeto social de las empresas petroleras desde su creación.**
- 3. Objeto social de las empresas petroleras operadoras.**
- 4. Objeto social de Petróleos de Venezuela, S.A.**

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado, Doctor en Derecho, *Facultad de Derecho, hoy de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Profesor de Contratos y Garantías, *Centro de Estudios para Graduados*, Ex Director. *Cursos de Doctorado*, Ex Director. Miembro de varias Comisiones para redactar diversos Proyectos de Leyes. **Petróleos de Venezuela**, Ex Consultor Jurídico Adjunto. **Procuraduría General de la República**, ex *Dirección de Personería Jurídica*, Ex Director. **Ministerio de Justicia**, Ex Consultor Jurídico. **Corporación Venezolana de Fomento**, Ex Consultor Jurídico.

5. **Incidencia del decreto con fuerza de Ley Objeto social de Petróleos de Venezuela, S.A.**
6. **Participación del capital nacional y de la utilización de bienes y servicios nacionales.**
7. **Contribución al mantenimiento de institutos de experimentación, investigación, desarrollo tecnológico y universidades, así como la creación y mantenimiento de centro de entrenamiento de personal.**

INTRODUCCIÓN

La intención de este trabajo consiste en analizar los cambios sustanciales que se han efectuado en el Objeto Social de Petróleos de Venezuela, S.A., y de sus empresas filiales que realizan las actividades petroleras reservadas.

Comenzaremos por analizar el primer Objeto Social que tuvo Petróleos de Venezuela, S.A., y sus empresas filiales operadoras cuando éstas fueron creadas en el año 1975, para atender las actividades reservadas por la llamada Ley de Nacionalización, hasta el actual Objeto Social que dimana tanto de sus actas Constitutivas Estatutos, como de la vigente Ley de Hidrocarburos que regula sus actividades, la cual está contenida en el Decreto Legislativo con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 37.323 de 13 de noviembre de 2001. Cobra aún más importancia este tema porque cada día se acentúa más el régimen de Derecho Público, sobre el de Derecho Privado que tiene la industria petrolera, lo cual se traduce a su vez, en la mayor responsabilidad jurídica que asumen hoy los administradores de esta industria; como por ejemplo, ocurre con el incumplimiento de su objeto social lo cual puede acarrear desde la nulidad de determinados actos y contratos hasta la responsabilidad personal que puede abarcar la civil, penal y administrativa, tal sería el caso de quien incurra en los delitos de malversación con o sin daño o entorpecimiento de algún servicio público, previsto en los artículos 56 y 57 de la Ley Contra la Corrupción, que textualmente establecen:

Artículo 56.- El funcionario público que ilegalmente diere a los fondos o rentas a su cargo, una aplicación diferente a la presupuestada o destinada, aun en beneficio público será penado con prisión de tres meses a tres años, según la gravedad del delito.

Artículo 57.- El funcionario público que por dar ilegalmente a los fondos o rentas a su cargo una aplicación pública diferente a

la presupuestada o destinada, causare daño o entorpeciera algún servicio público, será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años.

En un sentido más general, cobra importancia el tema del objeto social de las empresas de hidrocarburos, porque éstas por su carácter de empresas del Estado forman parte de la Administración Pública descentralizada y es sabido que el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que Venezuela es un estado democrático y social de Derecho y de Justicia, lo que en cierto sentido se traduce por el principio de legalidad establecido en el artículo 137 de la citada Constitución y en el artículo 4° de la Ley Orgánica de Administración Pública, que en criterio de nuestro destacado Jurista, Dr. Eloy Lares Martínez, se define exponiendo que “Todos los actos emanados de los órganos del Poder Público deben realizarse en completa armonía con las reglas de Derecho”. *Manual de Derecho Administrativo*, p. 183. Por ello podemos afirmar que las leyes, en sentido amplio, y los Estatutos Sociales establecen las competencias de las Empresas del Estado.

1. ANÁLISIS DEL OBJETO SOCIAL DE LAS EMPRESAS PETROLERAS (PETRÓLEOS DE VENEZUELA, S.A. Y SUS EMPRESAS FILIALES)

Para la doctrina prevaleciente en Venezuela las sociedades en general, incluyendo las mercantiles, tienen una capacidad limitada en relación con la capacidad ilimitada que tienen las personas naturales, esta doctrina se ubica entre dos posturas extremas; una, que considera que las personas jurídicas tienen una capacidad que está determinada por los términos expresos que se establecen en los estatutos, para situarse en una posición intermedia, llamada teoría de la especialidad del fin, según la cual, las personas jurídicas tienen capacidad de goce en la medida en que sea necesario o conveniente para la consecución de su fin propio (**José Luis Aguilar Gorrondona** *Derecho Civil-Personas*, Novena Edición, pp. 386 y ss. y **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil Mercantil y del Trabajo, Gaceta 2ª Etapa N° 9, Vol. II, p. 94**). Bajo esta concepción intermedia, las empresas tienen amplias facultades para cumplir con su objeto social.

Cuando se trata de una empresa del Estado hay que agregar que su objeto social se regula, además, en muchos casos por leyes, decretos y resoluciones administrativas dada la naturaleza pública que tiene el ente o sociedad de que se trate. Esta regulación ordinariamente amplía el contenido de su obje-

to social estatutario como ha ocurrido con las empresas petroleras desde la llamada nacionalización.

Esta Ley, conocida como Ley de la Nacionalización Petrolera, en su mayor parte acogió las recomendaciones contenidas en el informe que presentó la Comisión Presidencial de la Reversión Petrolera, creada mediante el Decreto N° 10 de fecha 22 de mayo de 1974. Esta comisión por el alto valor de sus integrantes y por la amplia participación de todos los sectores e instituciones importantes del país tuvo una gran acogida y confiabilidad en las recomendaciones que se formularon en el informe que presentó dicha comisión. En este sentido la comisión recomendó (Informe de la Comisión Presidencial de la Reversión Petrolera (p. V-109), que la Casa Matriz y las filiales operativas debían tener la forma de sociedades aptas para actuar con entera eficiencia en el campo comercial, tener personalidad y patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional y caracterizarse por disponer de autonomía administrativa, autosuficiencia económica y capacidad propia para la renovación de sus cuadros generales. Más adelante el informe recomienda que el Estado deberá ser propietario exclusivo y único de las **acciones** de la Casa Matriz y que ésta a su vez será propietaria exclusiva y única de las **acciones** de las filiales de hidrocarburos operativas que creare para atender una o varias de las actividades de hidrocarburos que les fueron asignadas. De las ideas y palabras utilizadas en el informe, es claro, sin ninguna duda, que cuando se referían a empresas, estaban pensando en compañías anónimas. En el texto de la Ley de Nacionalización, aun cuando se prevé un marco jurídico más amplio, ya que en la base primera del artículo 6° establece que el Ejecutivo Nacional, para la organización, administración y gestión de las actividades reservadas creará, **con las formas jurídicas que considere conveniente**, las empresas que juzgue necesario para el desarrollo regular y eficiente de tales actividades; en la base segunda de dicho artículo establece que el Ejecutivo Nacional atribuirá a una de las empresas las funciones de coordinación, supervisión y control de las actividades de las demás, pudiendo asignarle la propiedad de las **acciones** de cualesquiera de esas empresas, con lo cual manifiesta que su pensamiento se está refiriendo a sociedades anónimas. En síntesis, la Ley de Nacionalización acogió la recomendación formulada por la Comisión Presidencial de la Reversión Petrolera, acerca de la utilización de la figura de compañía anónima, para la realización de las actividades de hidrocarburos reservadas por la Ley de la materia. Como expresión de esta realidad, el General Rafael Alfonzo Ravard, primer Presidente de Petróleos de Venezuela, S.A., expresó en distintas oportunidades, como se evidencia del discurso pronunciado el 30 de agosto de 1979, en la sede del INTEVEP que:

La organización de Petróleos de Venezuela y sus filiales bajo la forma de sociedades anónimas, corresponde a la preocupación del legislador por dotar a la industria petrolera de una estructura administrativa que permite su funcionamiento en forma eficaz. La convicción de que la sociedad anónima es la forma más adecuada, llevó a establecer en la Ley una excepción al Código de Comercio, haciendo posible que las sociedades anónimas creadas por el Ejecutivo Nacional, de acuerdo con la Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos, se constituyan con un solo accionista. En virtud de lo dispuesto por la misma Ley, la Corporación Venezolana del Petróleo, que era un instituto autónomo con un Consejo Directivo presidido por el Ministro de Minas e Hidrocarburos, fue convertida en sociedad anónima cuyas acciones fueron asignadas a Petróleos de Venezuela.

Esto no quiere decir que la sola organización bajo la forma de sociedad anónima garantice la eficacia, pero sí refleja la preocupación del Estado de que la industria petrolera se maneje dentro de principios de eficacia y rendimiento, que la estructura típica de las sociedades anónimas hace posible en muchos casos.

Este criterio fue ratificado por el Congreso Nacional, al promulgar en julio de 1977 una ley especial para convertir al Instituto Venezolano de Petroquímica en sociedad anónima, año y medio después de la creación de Petróleos de Venezuela, a la cual traspasó luego el Ejecutivo Nacional las acciones de Pequiven". ("7 años de una Gestión" Discursos y Declaraciones Públicas del Presidente de Petróleos de Venezuela. General Rafael Alfonzo Ravard, p. 220).

2. EL OBJETO SOCIAL DE LAS EMPRESAS PETROLERAS DESDE SU CREACIÓN

Como es sabido, el proceso de nacionalización de la industria petrolera venezolana tuvo lugar a través de una "Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos" por la que se reservó al Estado todo lo relativo a la exploración del territorio nacional en busca de petróleo, asfalto y demás hidrocarburos; a la explotación de yacimientos de los mismos, a la manufactura o refinación, transporte por vías especiales y almacenamiento; al comercio interior y exterior de las sustancias explotadas y refinadas y a las obras que su manejo requiriera (artículo 1° de dicha ley). A los efectos de nuestro análisis es importante destacar la naturaleza de las sociedades mercantiles escogidas como instrumentos para que el Estado rea-

lizara las actividades reservadas. Entre las características de éstas están la agilidad y flexibilidad en la toma de decisiones para poder competir con eficiencia con otras empresas petroleras en el mercado internacional y, con más trascendencia destacamos la presencia del fin económico común que tiene como consecuencia producir una utilidad o beneficio para los socios, llamado fin de lucro. En nuestro caso se trata de sociedades mercantiles con un único socio que es la República. (Alfredo Morles Hernández *Derecho Mercantil*. Las Sociedades Mercantiles p. 860). Esta característica de fin de lucro, esencial en el objeto social, prevaleció desde la fecha de entrada en vigencia de la Ley, 21 de agosto de mil novecientos setenta y cinco hasta la entrada en vigencia del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, del 1° de enero de 2002. Este Decreto-Ley, como lo expondremos más adelante, le otorgó a estas sociedades mercantiles una característica más apartada de las sociedades mercantiles de Derecho Común, para hacerlas más instrumentos de realización de las políticas del Estado, lo cual constituye un añadido al fin de lucro propio de las sociedades mercantiles

Desde que se inició el proceso de nacionalización de la industria petrolera, se diferenciaron el objeto social de Petróleos de Venezuela, S.A.; como casa matriz, con actividades de Holding del Objeto Social, de las empresas petroleras operadoras encargadas de realizar las actividades petroleras propiamente (Empresas Operadoras).

3. OBJETO SOCIAL DE LAS EMPRESAS PETROLERAS OPERADORAS

Todas las empresas operadoras adoptaron en los estatutos correspondientes el siguiente objeto social, el cual no ha variado a esta fecha.

Cláusula 2: La Sociedad tiene por objeto realizar las actividades de exploración, explotación, transporte, manufactura, refinación, almacenamiento, comercialización o cualquiera otra actividad en materia de petróleo y demás hidrocarburos; adquirir y enajenar por cuenta propia o de terceros, bienes muebles o inmuebles; emitir obligaciones; promover, como accionista o no, otras sociedades civiles o mercantiles y asociarse con personas naturales o jurídicas, todo conforme a la ley; fusionar, reestructurar o disolver empresas de su propiedad; otorgar créditos, financiamiento, fianzas, avales o garantías de cualquier tipo y, en general, realizar todas aquellas operaciones, contratos y actos comerciales que sean necesarios o convenientes para el cumplimiento del mencionado objeto.

Sin analizar en esta oportunidad, los efectos que sobre el objeto social de estas empresas producen distintas leyes, podemos afirmar que por el propio texto en que están redactados los objetos sociales y por aplicación de la teoría de la especialidad del fin, que hemos expuesto anteriormente, estas empresas están facultadas ampliamente para realizar cualquier actividad, siempre y cuando el órgano de administración de dichas empresas interprete legítimamente que la actividad a realizar, aun cuando no está prevista expresamente en la descripción del objeto social, sea conveniente o necesaria para el logro del objeto social.

En mi opinión estos conceptos de conveniencia o necesidad para el logro del objeto social, ha servido para legitimar o revestir de licitud un sinnúmero de actividades que ha realizado la industria petrolera en el entorno donde realiza sus actividades, como por ejemplo las donaciones que ha hecho y hace la industria; actividades de entrenamiento en las poblaciones afectadas por la actividad petrolera, como ha ocurrido, por ejemplo, en determinados municipios; casos de reparaciones e indemnizaciones por daños que la industria petrolera ha ocasionado en el entorno etc.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto concluimos en una primera fase en que la industria petrolera tiene dentro del campo de responsabilidad social la obligación de realizar dentro de sus áreas de influencia todas las actividades que se consideren convenientes o necesarias para ejecutar las actividades que expresamente están señaladas en su objetivo social.

4. OBJETO SOCIAL DE PETRÓLEOS DE VENEZUELA, S.A.

Desde que se creó Petróleos de Venezuela, S.A., mediante Decreto N° 1.123, de fecha 30 de agosto de 1975, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela N° 1770, extraordinario, de la misma fecha, hasta la última modificación de los Estatutos efectuados mediante Decreto N° 2.184, de fecha diez de diciembre de dos mil dos, publicado en la misma fecha, su objeto social fue diseñado en ejecución de lo previsto en la Base Segunda del artículo 6° de la Ley Orgánica que reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos que estableció textualmente “Base Segunda - atribuirá a una de las empresas las funciones de coordinación, supervisión y control de las actividades de las demás, pudiendo asignarle la propiedad de las acciones de cualquiera de esas empresas”.

En este sentido la Cláusula Segunda de los Estatutos Sociales Originales de PDVSA estableció lo siguiente:

La sociedad tendrá por objeto planificar, coordinar y supervisar la acción de las sociedades de su propiedad, así como controlar que estas últimas en sus actividades de exploración, explotación, transporte, manufactura, refinación, almacenamiento, comercialización o cualquiera otra de su competencia en materia de petróleo y demás hidrocarburos, ejecuten sus operaciones de manera regular y eficiente; adquirir, vender, enajenar y traspasar, por cuenta propia o de terceros, bienes muebles e inmuebles; emitir obligaciones; promover, como accionista o no, otras sociedades civiles o mercantiles y asociarse con personas naturales o jurídicas, todo conforme a la ley; fusionar, reestructurar o liquidar empresas de su propiedad; otorgar créditos, financiamiento, fianzas, avales o garantías de cualquier tipo y, en general, realizar todas aquellas operaciones, contratos y actos comerciales que sean necesarios o convenientes para el cumplimiento del mencionado objeto.

Esta Cláusula Segunda ha experimentado los siguientes cambios: 1) Mediante Decreto N° 150 del 23 de agosto de 1979, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N° 31.810, del 30-08-1979, se le agregó al objeto social una previsión que ordenó que el cumplimiento del objeto social deberá llevarse a cabo bajo los lineamientos y las políticas que el Ejecutivo nacional, a través del Ministerio de Energía y Minas establezca en conformidad con las facultades que le confiere la Ley y, además, que las actividades de la empresa quedarían sujetas a las Normas de Control que establezca dicho Ministerio. El artículo 1° del Decreto Original N° 1123, del 30 de agosto de 1975, mediante el cual se creó PDVSA, establecía lo mismo en los siguientes términos: **“Se crea una empresa estatal, bajo la forma de Sociedad Anónima, que cumplirá y ejecutará la política que dicte en materia de hidrocarburos el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, en las actividades que le sean encomendadas”**. 2) Mediante Decreto N° 855 del 24 de Septiembre de 1985; *Gaceta Oficial* N° 33321 del 03-10-85, se amplió el objeto social para darle competencia para promover empresas que tengan por objeto social realizar actividades en materias de recursos energéticos fósiles, de petroquímica, carboquímica y similares.

De esta evolución o desarrollo del objeto social de Petróleos de Venezuela, S.A. concluimos en lo siguiente:

1.- A las facultades de planificación, coordinación, supervisión y control sobre la filiales, se le debe aplicar la teoría interpretativa de la especiali-

dad de la finalidad que hemos expuesto anteriormente como la prevaleciente en Venezuela; y

2.- La obligación de cumplir el objeto social bajo los lineamientos y políticas que el Ejecutivo Nacional establezca, a través del Ministerio de Energía y Minas, constituye una fuente de obligaciones para Petróleos de Venezuela, S.A., en el sentido que deberá acatar y cumplir todos los lineamientos y políticas que en las materias que constituyen su objeto social, establezca el Ejecutivo Nacional. A tal efecto, ha sido práctica común que el Ministerio de Energía y Minas emita anualmente un documento dirigido a PDVSA y contenido de sus políticas y lineamientos. Citamos como ejemplo importante la llamada integración de los campamentos a la vida local, lo cual ha sido una constante implícita y hasta explícita en todas las políticas que ha emitido el Ejecutivo Nacional a través de sus lineamientos de política. En este sentido, en casi todos los lineamientos que ha impartido el Ministerio de Energía y Minas aparece lo siguiente “evitar el inicio de nuevos proyectos de edificaciones para uso habitacional en los campamentos y se desarrollarán, donde sea factible, mecanismos para fomentar la construcción de viviendas en las zonas urbanas, por parte de terceros, para uso del personal de las operadoras, siempre que las zonas urbanas en cuestión alcancen previamente un nivel de vida equiparable al del campamento. Nótese que los lineamientos y políticas que dictaba o podía dictar el Ejecutivo Nacional, hasta que entró en vigencia el Decreto con fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, se referían a las actividades petroleras que constituían el objeto social, prevaleciendo hasta esa fecha la finalidad de lucro como en cualquier empresa mercantil.

5. INCIDENCIA DEL DECRETO CON FUERZA DE LEY OBJETO SOCIAL DE PETRÓLEOS DE VENEZUELA, S.A.

El artículo 29, del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, repite los conceptos contenidos en el artículo 7° de la derogada Ley Orgánica que Reserva al Estado la Industria y el Comercio de los Hidrocarburos y en la cláusula Tercera de los Estatutos de PDVSA en los siguientes términos “Artículo 29, las Empresas Petroleras Estatales se regirán por el presente Decreto Ley y su Reglamento, por sus propios estatutos, por las disposiciones que dicte el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas, por las del derecho común que les sean aplicables”.

En la regulación de las actividades que realizan las empresas petroleras, aparece el artículo 5° del mencionado Decreto sobre Hidrocarburos, asignándole a estas empresas un rol más amplio que el que tenían con la anterior Ley

de Nacionalización. En efecto, hemos dicho, al menos en mi opinión, que las empresas petroleras desde su creación fueron concebidas como empresas mercantiles con finalidades de lucro, logrado en el ejercicio de las actividades petroleras reservadas y bajo los lineamientos de política de hidrocarburos que dicte el Ejecutivo Nacional y, en cambio, el vigente Decreto-Ley sobre Hidrocarburos, en su artículo 5°, establece que las actividades petroleras están dirigidas a fomentar el desarrollo integral, orgánico y sostenido del país, atendiendo al uso racional del recurso y a la preservación del ambiente, lo cual, como es evidente, modifica y amplía la finalidad que tenían las empresas petroleras bajo el anterior régimen legal. Con esta regulación las empresas petroleras pasan a ser instrumento del Estado para el logro de objetivos más trascendentales que los petroleros. En este sentido en la exposición de motivos del decreto sobre Hidrocarburos se destaca que en la “actualidad, el desarrollo nacional como pilar fundamental de la seguridad, tiene como base principal de sustentación los recursos de hidrocarburos” y que el aprovechamiento integral de esos recursos requiere de una Ley que le garantice a la nación venezolana la optimización de su industria petrolera dentro de los parámetros de explotación nacional, garantía de justos ingresos fiscales, conservación del recurso, **contribución al desarrollo social y protección del ambiente, acciones todas, que coadyuvan a fortalecer y a garantizar nuestra seguridad**”.

¿Qué significa, desde una perspectiva estrictamente jurídica, el contenido del encabezamiento del artículo 5° del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, que otorga a la industria de manera expresa, un nuevo rol?

Art. 5°.- Las actividades reguladas por este Decreto-Ley estarán dirigidas a fomentar el desarrollo integral, orgánico y sostenido del país, atendiendo el uso racional del recurso y a la preservación del ambiente. A tal fin se promoverá el fortalecimiento del sector productivo nacional y a la transformación en el país de materias primas provenientes de los hidrocarburos, así como la incorporación de tecnologías avanzadas.

En opinión de quien suscribe, esta norma está ampliando el objeto social de las empresas petroleras al permitir que éstas puedan lícitamente realizar, dentro de su objeto social, acciones que, de no existir esta norma estarían fuera de su objeto social y, por ende, colocaría a las personas que realicen estas actividades en supuestos de responsabilidad penal o administrativa. Pareciera que lo más conveniente sería que el Ejecutivo Nacional mediante lineamientos más específicos dictase disposiciones que permitan al

administrador aplicar en detalle o a casos concretos la referida norma legal. En ausencia de esta definición del Ejecutivo Nacional parece igualmente conveniente que la Asamblea de Accionistas como órgano de la empresa tome las decisiones pertinentes que sirvan para proteger y dirigir al administrador. Utilizando los criterios expuestos por la Corte Suprema de Justicia, en la Sala Político-Administrativa, en sentencia del 7 de julio de 1981, (*Jurisprudencia Ramírez & Garay*, 1981, Tercer Trimestre Tomo LXXIV, p. 507), cuando distinguió entre competencias formales y materiales, estaríamos en actividades de Derecho Público más cerca de una competencia formal que de una material, por lo que, con las diferencias del caso, la competencia formal que atribuye dicha norma a las empresas petroleras, requiere de una materialización en la forma como hemos sugerido; en cambio, en actividades de Derecho Privado, la norma analizada, extiende su Objeto Social.

6. PARTICIPACIÓN DEL CAPITAL NACIONAL Y DE LA UTILIZACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS NACIONALES.

El artículo 18 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos, estableció con carácter imperativo que el Estado, los entes y las empresas a que se refiere ese Decreto, deberán incorporar en sus procesos de contratación, la participación de empresas de capital nacional en condiciones tales que se asegure el uso óptimo y efectivo de bienes, servicios, recursos humanos y capital de origen venezolano.

La aplicación de esta norma requiere en nuestra opinión, igual desarrollo o materialización; pero, igualmente sirve de justificación legal para cuando la empresa realice este tipo de actividad.

7. CONTRIBUCIÓN AL MANTENIMIENTO DE INSTITUTOS DE EXPERIMENTACIÓN, INVESTIGACIÓN, DESARROLLO TECNOLÓGICO Y UNIVERSIDADES, ASÍ COMO LA CREACIÓN Y MANTENIMIENTO DE CENTRO DE ENTRENAMIENTO DE PERSONAL.

Artículo 26 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Hidrocarburos establece:

Las empresas operadoras podrán establecer o contribuir al mantenimiento de Institutos de Experimentación, investigación, desarrollo tecnológico y universidades, que sirvan de soporte técnico a sus operaciones, así como crear y mantener centros de entrenamiento de personal vinculado a las actividades contempladas en este

Decreto-Ley, debidamente armonizados con el funcionamiento y desarrollo de otros centros e institutos que con similares propósitos existan en el país.

Esta disposición también amplía, para los supuestos que contempla, el objeto social de Petróleos de Venezuela, S.A., pero con la característica de exigir que estas actividades se vinculen a las actividades petroleras reguladas por el referido Decreto-Ley de Hidrocarburos.

Algunos aspectos sobre el daño moral y la teoría de la responsabilidad civil

Rafael ORTIZ-ORTIZ*

Para el maestro Gert Kummerow:

Quizás era triste y serena su mirada, como los grandes tenía la figura pequeña, el caminar despacio y la palabra abierta, el alma sencilla y sabiduría en las venas. Y dispuesto a dar mucho sin recibir nada, al maestro le basta el silencio de su nobleza, a bosquejar sus párpados en lontananza, a recibir la odiosa muerte sin que tema. Y estuvo amando aquella tierra en sus pisadas, y anduvo por este mundo dejando huellas, abrazando a un mismo tiempo las mañanas. Y aunque quizás era triste su mirada, su corazón siempre estaba en primavera, como la luz del sabio que siempre toca el alma.¹

* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado, *Especialista y Maestría en Derecho Procesal, Estudios doctorales en Derecho*. Jefe de la Cátedra de Filosofía del Derecho. **Universidad Central de Venezuela**, *Especialización en Derecho del Trabajo*. Profesor de pre y postgrado en ambas casas de estudio. **Universidad de Carabobo** y **Universidad Arturo Michelena**, Profesor de pre y postgrado. Profesor invitado en las Universidades **Autónoma de México**, **Santiago de Chile**, **Bicentenario de Aragua** y **Fermín Toro**. Profesor de la Escuela de la Judicatura. **Premio Anual “Procuraduría General de la República”**, Ganador del Sexto y del Noveno Premios, 1992 y 1995, en su orden. Ex Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Ex Juez Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la región Centro-Norte. Autor de varias obras y numerosos artículos. rafaelortizortiz@hotmail.com y rortizortiz@yahoo.com

¹ Me uno a este merecido homenaje que se le rinde a unos de nuestros grandes juristas: el Doctor Gert Kummerow; no sólo me unen al maestro una vieja amistad desde que prologara mi libro “La vida privada, el honor y la reputación” (1992), sino también vínculos afectivos y familiares con su esposa Raiza, con su hermano Freddy Kummerow y su esposa, la tía Elena; a todos ellos me rindo en gesto humilde del discípulo ante la estatura gigante y perdurable del maestro.

SUMARIO:

1. **Sobre la noción general de daño.**
2. **Precisiones conceptuales sobre el daño moral:** 2.1 *La oposición daño moral-daño material.* 2.2 *El elemento inmaterial.* 2.3 *Intento de una aclaración conceptual.*
3. **La positivación del daño moral.**
4. **Clasificación:** 4.1 *Daños morales patrimoniales y extrapatrimoniales.* 4.2 *Daño moral objetivo y daño moral subjetivo.* 4.3 *En atención a su vinculación con los daños materiales:* 4.3.1 *Daños morales primarios o autónomos.* 4.3.2 *Daños morales vinculados o secundarios.* 4.4 *Los daños morales contractuales y extracontractuales.*
5. **El daño moral a las personas jurídicas**

1. SOBRE LA NOCIÓN GENERAL DE DAÑO

Sólo por razones metodológicas, nos vemos forzados a consignar aquí algunas precisiones en torno al concepto de “daño” en un sentido muy amplio que establecimos en un trabajo anterior.² Decíamos en aquel entonces que las categorías jurídicas no son ajenas o extrañas a nuestra cotidianidad, de allí que acudamos al DRAE para saber que el “daño” es *el efecto de dañar o dañarse*, y “dañar” proviene del latín *damnare*, esto es, “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”.

En un sentido muy general, (Cabanellas) el daño, en sentido amplio, es toda suerte de mal, sea material o moral, es decir, el deterioro, perjuicio o menoscabo que por la acción de otro se recibe en la propia persona o bienes; Escobar Gil señala que la expresión daño significa todo detrimento, menoscabo o perjuicio que “a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza”.³

² Hacemos referencia a nuestro trabajo *Causación e imputabilidad en la responsabilidad patrimonial del Estado*, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia en el libro homenaje al Doctor Nectario Andrade Labarca.

³ Vid. Escobar Gil(1989), Rodrigo: *Responsabilidad contractual de la administración pública*. Ed. Temis. Bogotá, p. 165; Cfr. Henao(1998), Juan Carlos: *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, p. 84.

Para la legislación argentina “habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”. “El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la *ganancia de que fue privado el dañado por el acto ilícito*, y que en este Código se designa por las palabras *pérdidas e intereses*”.⁴ Según el autor, estas últimas nociones constituyen un galicismo, pues, traduce directamente la fórmula francesa de *dommages-intérêts* y equivale a la fórmula castellana de *daños y perjuicios*.⁵ Las partidas de Alfonso Décimo El Sabio definía el daño como “*el empeoramiento, o menoscabo o destruyimiento que ome recibe en si mesmo, o en sus cosas, por culpa de otro*”.

En un sentido estricto, la conceptualización que frecuentemente depara el examen del daño, sugiere la idea (contigua) de lesión a un *interés patrimonial*. En la relación jurídica creada por el contrato, el daño surge de su aspecto estático: la disminución patrimonial experimentada por el acreedor, ya sea por la pérdida de un bien, ya por la privación de una ganancia.⁶ Para Giorgi el daño es *toda disminución del patrimonio del acreedor, sea que conste de una pérdida (damnum emergens), ya consista en la privación de una ganancia*;⁷ se trata de una lesión a un interés (Carnelutti) u toda disminución del patrimonio del acreedor (Carvalho de Mendonça)⁸ Minozzi destaca que daño es “la disminución o sustracción de un bien jurídico”; De Page señala

⁴ Artículo 1.068 del Código Civil de Argentina.

⁵ En Chiossone, Tulio y otros(2001): *Indemnización de daños y perjuicios*, concretamente el apartado *Interpretación de Cabanellas sobre “daños y perjuicios”*. Fabretón editores. Caracas, pp. 7 y ss.. Bonvicini, citado por Mélich, sostiene que “semejante concepto de daño-interés encuentra comprobación también en las fuentes romanas, en la teoría de *id quod interest* que representa la obligación de resarcir con el propio patrimonio un valor representativo del interés dañado. Tal interés no equivale al valor efectivo del bien destruido o dañado por la incumplida prestación o por la violación de una norma jurídica, sino que equivale al valor representado por el interés que tenía la víctima en relación con el bien destruido o menoscabado, trátase del patrimonio de una persona, sus bienes materiales o inmateriales, o del honor, la dignidad, la integridad personal”. Vid. Bonvicini(1958), Eugenio: *Il danno a persona*. Ed. Giuffrè. Milano, páragf. 4º, apud. Vid. Mélich Orsini(2001²), José: *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, pp. 31 y ss.

⁶ Vid. Kummerow(2001), Gert: *Esquema del daño contractual resarcible según el sistema normativo venezolano*, en Chiossone, Tulio y otros(2001): *Indemnización de daños y perjuicios*. Fabretón editores. Caracas, pp. 304 y ss.

⁷ Giorgi(1909), Jorge: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, en Revista de Derecho y Legislación. Madrid, p. 136 apud *Idem*.

⁸ Mendonça(1956), Carvalho de: *Doutrina e pratica das abrigações*. Ed. Revista Forense. Río de Janeiro, pp. 46 y ss., apud *Ibidem*.

que es “la lesión de un interés legalmente tutelado”, y Giusiana es “la lesión de la voluntad de un sujeto de derecho efectuada mediante un comportamiento contrario al previsto en la norma”.⁹

En materia extracontractual, en cambio, ese daño se verifica en la esfera *no patrimonial* del agraviado, en el campo espiritual o en sus *sentimientos*, los cuales constituyen un bien jurídico digno de tutela. A este daño se la ha llamado *daño moral*. Para De Cupis daño significa el nocimiento o perjuicio, es decir, “aminoración o alteración de una situación favorable”;¹⁰ Hinestrosa, citado por Henao, sostiene que “daño es toda lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja”.¹¹

Bustamante Alsina señala que daño significa “el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos de honor o a las afecciones legítimas (daño moral)”.¹² Juan Carlos Henao concluye señalando que “daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”, con lo cual encontrará serias dificultades para incluir dentro de tal “aminoración” las afecciones espirituales del daño moral. Más comprensivo resulta la definición de Jorge Peirano al señalar que “daño es la diferencia, perjudicial para la víctima, entre su situación antes de sufrir el hecho ilícito y después del mismo”.¹³ Por nuestra parte y en términos generales:

⁹ Todos citados por Peirano Facio(1981³), Jorge: *Responsabilidad extracontractual*. Ed. Temis. Bogotá, p. 357.

¹⁰ De Cupis, Adriano: *Teoría general de las obligaciones*, p. 81, apud. Henao(1998), Juan Carlos: *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, p. 84.

¹¹ Hinestrosa(1957), Fernando: *Derecho de obligaciones*. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, p. 529, apud Henao(1998), Juan Carlos: *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, p. 84.

¹² Bustamante Alsina(1983⁴), Jorge: *Teoría general de las obligaciones*. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires.

¹³ Esta es una definición que se acomoda al artículo 1319 del Código Civil de la República Oriental del Uruguay, y en el cual el régimen de responsabilidad civil está estructurado sobre el hecho ilícito como condición autónoma de la responsabilidad extracontractual sin necesidad de exigir la lesión a un Derecho. Sin embargo, el autor encontrará serias dificultades para incluir dentro de esta noción de daño los llamados “daños futuros”, o la pérdida de un interés que aún no había entrado en el patrimonio de la víctima con lo cual no podría hacerse esa “diferencia” a que alude el autor. *Vid.* Peirano Facio(1981³), Jorge: *Responsabilidad extracontractual*. Ed. Temis. Bogotá, p. 361. A diferencia de ello, el Código Civil argentino define en su artículo 1078 lo que debe entenderse por daño, y en tal sentido: “Habrà daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”. *Cfr.* Tawil(1993²), Guido Santiago: *Opus cit.*, p. 83 *in nota* 273.

Entendemos por *daño* toda afrenta, lesión o menoscabo de un *bien jurídico* producido por una persona sobre otra; y *daño indemnizable* será aquel daño en cuyo acaecimiento participa la libre voluntad del agente sin legitimación alguna que lo excuse.

Existen dos elementos básicos en la noción de daño: a) un sustrato real constituido por el perjuicio o la lesión padecida por la víctima; y b) un sustrato formal constituido por el bien jurídico tutelado. En cuanto al daño indemnizable se trata de un daño, tal como se ha definido, pero en el cual no concurre la culpa o el dolo de la víctima, ni existen hechos que alteren la voluntad de dañar por parte del agente, como serían los supuestos de estado de necesidad, fuerza mayor, caso fortuito, etc. Desde luego que el daño puede obedecer a dos causas fundamentales: a) el incumplimiento de un contrato; b) las acciones u omisiones que tengan como resultado un daño real.

2. PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE EL DAÑO MORAL

Uno de los modos en que se manifiesta la actividad dañosa es el *daño moral o espiritual* llamado también *extrapatrimonial*. En verdad que la expresión “moral” para identificar a estas lesiones resulta incorrecto. La moral es una cualidad *no es una sustancia*; como valor o cualidad, la moral *no se tiene sino se debe*, en consecuencia no puede hablarse de un “daño a la moral” o un “daño moral”. Sin embargo, encontrar otra denominación que sustituya a ésta que ha sido pacífica y universalmente admitido resulta complejo y hasta innecesario.¹⁴ Lo importante no es el *nomen* sino la *essentia* de las cosas. El daño moral *existe* y *es* un algo tan importante y, a veces más, que los llama-

¹⁴ El cuestionamiento a la nomenclatura no es sólo nuestra, Minozzi, por ejemplo, sostiene que la expresión “daño moral” no es del todo exacta, puesto que existen daños que sin ser patrimoniales, tampoco son daños morales indudables, tales como el dolor físico que se experimenta a consecuencia de una herida; también Orgaz expresa que en los conceptos *moral* y *material* referidos al daño sugieren a menudo ideas que no responden con exactitud a la noción que se encuentra en la base de la distinción; también Peirano acepta la nomenclatura “no tanto por considerarla en sí misma perfecta, cuanto porque ella ha adquirido carta de ciudadanía tanto en el Derecho comparado como en nuestro medio jurídico”. Vid. Peirano Facio(1981³), Jorge: *Responsabilidad extracontractual*. Ed. Temis. Bogotá, pp. 377-378. Incluso, tal vez sin advertir que la expresión “daño moral” comprende, no por definición sino por ámbito conceptual, todos aquellos que no tienen un sustrato material en sí mismo, autores como José Milmaniene habla de la existencia de un “daño psíquico” y la jurisprudencia argentina ha dicho que “las indemnizaciones por incapacidad de índole psíquica y por daño moral tienen distintos objetos” y en otra decisión se dijo que “la incapacidad sobreviniente, la lesión estética y el daño psicológico constituyen ítemes autónomos”. Vid. Ghersi(1999), Carlos A. y otros: *Derecho y reparación de daños. Tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada*. Ed. Universidad. Buenos Aires, p. 31. Cfr: Milmaniene(1995), José: *Los nuevos daños*. Ed. Hammurabí. Buenos Aires, pp. 70 y ss., *apud idem*.

dos daños corporales o materiales. Quienes todavía pretenden negar la existencia del daño moral bajo la excusa de la *imponderabilidad* de su reparación incurrir en un absurdo.

Ha dicho la Sala Político Administrativa que el artículo 3° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra entre los fines esenciales del Estado la defensa y el *respeto de la dignidad de la persona humana*, derecho fundamental éste del que dimana el elenco de derechos constitucionales y que, a su vez, junto al *derecho a la libertad* pueden considerarse fundamentadores de todo el ordenamiento jurídico. Es por ello, que todos los derechos que la Constitución proclama están encaminados al desarrollo integral de la persona.¹⁵

Sin embargo, ¿Cómo se configura el daño moral? ¿Qué debe entenderse por tal? ¿Cómo se estima y cuáles elementos probatorios deben tomarse en cuenta? Aún son muchas las discusiones. En el presente epígrafe mostraremos los problemas y avanzaremos algunas respuestas posibles. Desafortunadamente la literatura venezolana ha dejado huérfanos de respuesta a estas y muchas otras interrogantes a pesar de lo frecuente que, en nuestros tribunales, se debate la problemática derivada del daño moral. La problemática del *daño moral o espiritual* comienza desde el mismo momento en que el investigador trata de fijar los elementos definitorios. Los intentos pueden tener una

¹⁵ En la decisión señalada, la Sala vincula el daño moral a la integridad y el derecho a la salud; así señala: Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa: *Sentencia N° 1005 de 15 de junio de 2000* (Germán Avilés Peña vs Electricidad de Oriente (Eleoriente), exp. 1999-16286), con ponencia del Magistrado Carlos Escarrá: A su vez, la Constitución consagra el *derecho a la vida* en el artículo 43 y el *derecho a la salud* en el artículo 83. Al respecto, la Sala considera necesario precisar que este último —el derecho a la salud— se garantiza de la manera más amplia, conforme las más modernas tendencias del derecho de los derechos humanos, que lo considera como una extensión del derecho a la vida, definida en el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (Nueva York, 19 junio-22 julio 1946), como “un *estado de completo bienestar físico, mental, social*, y no solamente la ausencia de afecciones y o enfermedades, en virtud de la dimensión ontológica de los derechos humanos”. (Cursivas de la Sala). Así las cosas, el derecho a la salud, tiene como propósito fundamental hacer efectivo el derecho a la vida, porque *éste no protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspectos que de ella se deriva*. Se dice con razón que el ser humano es el único ser de la naturaleza con conducta teleológica, porque vive de acuerdo a sus ideas, fines y aspiraciones espirituales; por su condición de ser cultural, de lo que se entiende que el derecho a la vida y a la salud como extensión del mismo, va más allá del mero aspecto hecho biológico o físico, e incluye tanto el aspecto moral como el psicológico. En el caso de autos, observa esta Sala que no sólo mediante el *daño físico*, se lesionó el derecho a la vida, a la salud, al respeto de la dignidad humana y al libre desenvolvimiento de la personalidad sino que, de manera sustancial el *daño moral* también afectó estos derechos por el resto de la vida del accionante. En el caso que toca analizar a la Sala se observa claramente que el accidente descrito por el actor en su libelo provocó serias e irremediables lesiones corporales, las cuales se encuentran también descritas y corroboradas por los expertos designados en este juicio.

aproximación positiva (tratando de fijar sus límites propios) o mediante un intento negativo de fijar la definición de daño moral por su oposición a los daños materiales.

2.1 LA OPOSICIÓN DAÑO MORAL-DAÑO MATERIAL

Las primeras aproximaciones a la noción de daño moral se dan, como se dijo, en virtud de una delimitación negativa; quienes miran el daño moral como aquél que *no afecta bienes patrimoniales o económicos*; en segundo lugar, quienes sostienen que será daño moral todo aquel cuyo *resarcimiento* no es pecuniario o material. Las primeras tesis apuntan a la *naturaleza del bien afectado*,¹⁶ mientras que, la segunda, se centra en la *naturaleza de la reparación*. También pueden conseguirse afirmaciones según las cuales *será daño moral aquél que sea imposible de cuantificar*, como ocurrió con un tribunal argentino que señaló: “el daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria”.¹⁷

La distinción entre el daño material y el daño moral corresponde para algunos autores y según lo refiere Mélich Orsini, a la gran división de los derechos patrimoniales (derechos reales y personales) y derechos extrapatrimoniales (derechos de la personalidad, derechos de la familia). La doctrina francesa en particular y como veremos más adelante, sostiene que todo cuanto se relaciona con atentados al honor, a la libertad personal o los sentimientos de una persona no pueden ser sino daños morales.¹⁸ También un tribunal de Paraguay señaló que “nuestro Código extiende el resarcimiento del daño moral a toda clase de actos ilícitos (delitos o cuasidelitos). La segunda parte del artículo 1.835 del Código Civil dispone que “la obligación de reparar se extiende a toda lesión material o moral causada por hecho ilícito. La acción por indemnización sólo competirá al damnificado directo...”.

El daño moral constituye la lesión a los derechos extrapatrimoniales, cuando se ocasiona perjuicios que se traducen en padecimiento o sufrimientos, lesiones a las afecciones legítimas de las personas, etc. y no constituye una

¹⁶ Argentina: “Los daños materiales y morales tienen naturaleza jurídica independiente pues son distintos los bienes jurídicos afectados que se resarcen” (Sup Corte Buenos Aires (Toledo Noemí E. v. Municipalidad de la Matanza) 1997-II síntesis).

¹⁷ Argentina: C. Nac Civil Sala J, 25/10/94-Macoratti, Hector D v. Expreso Atlántida SA) 1997-II- síntesis.

¹⁸ Mélich Orsini(2001²), José: *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, p. 33.

pena sino que integra la reparación y debe guardar una razonable relación con los daños materiales sufridos por la víctima, pero el daño moral no debe constituirse en fuente de reclamos abusivos, en una fuente de enriquecimiento sin causa. Por las razones expuestas y teniendo en cuenta que las víctimas no sufrieron lesiones físicas, considero justo y equitativo reducir el monto fijado por el *a quo* dejándolo establecido en la suma de G. 2.000.000 (Dos millones de guaraníes)".¹⁹

Desde Francia se viene diferenciando el daño moral del daño material según que el *perjuicio suponga una pérdida económica* (daño material) o por su naturaleza *no económica* (daño moral) llamado también *perjuicio extrapatrimonial* o *extrapatrimonial*.²⁰ En nuestro país, Alejandro Pietri afirma que "daño moral es, por exclusión, el daño no patrimonial, es el daño que no recae directamente sobre el patrimonio de una persona, o que cayendo sobre bienes objetivos, ocasione o no lesión material en los mismos, causa una perturbación anímica en su titular, cualquiera que sea el derecho que sobre ellos se ostente.

El daño moral es, pues, daño espiritual, daño inferido en derechos de estricta personalidad, o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad material, económica".²¹ Según este autor el daño moral es la *lesión ocasionada en los bienes no económicos de una persona o la repercusión afectiva desfavorable producida por los daños materiales*.²² Autores como

¹⁹ Paraguay: Tribunal de Justicia de Encarnación: Sentencia 10 de julio de 2002, definitiva N° 0119/02/01.

²⁰ Chapus(1985), René: *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*. LDGJ. París, p. 507, apud. Henao(1998), Juan Carlos: *El daño. Análisis comparativo*..., p. 191.

²¹ Pietri(1997), Alejandro: *Valoración jurídica del daño moral*, en Mélich Orsini, Loreto y Pietri(1997): *La acción de simulación y el daño moral*. Ed. Fabretón. Caracas, pp. 167 y ss.

²² Este criterio ha sido acogido e invocado por la jurisprudencia venezolana; así puede verse Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil: *Auto de 6 de octubre de 2000* (María Maldonado de R. y otras vs Asociación Club de Oficiales Profesionales de las Fuerzas Armadas Nacionales, exp. 00-021), con ponencia del Magistrado Franklin Arrieche: "Según la doctrina *"el daño moral es, por exclusión, el daño no patrimonial; es el daño que no recae directamente sobre el patrimonio de una persona, o que cayendo sobre bienes objetos, ocasione o no lesión material en los mismos, causa una perturbación anímica en su titular, cualquiera que sea el derecho que sobre ellos se ostente. El daño moral es, pues, daño espiritual, daño inferido en derechos de la estricta personalidad, o en valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad material, económica. El daño moral es la lesión ocasionada en los bienes no económicos de una persona, o la repercusión afectiva desfavorable producida por los daños materiales. Es decir, no excluye la circunstancia de que el daño moral pueda originarse y de hecho se origine en multitud de ocasiones, unido o como consecuencia de ofensas o daños causados en los bienes patrimoniales o económicos del ofendido, pero cuidando de distinguir en todo caso los unos de los otros."* (Valoración Jurídica del Daño Moral, Doctor Alejandro Pietri h., pág. 107). (Sentencia de esta Sala de fecha 23 de marzo de 1992, caso Juana Bautista Díaz de Salazar y otros contra Evaristo Gómez Rincones)".

Mazzeud y Josserand definen el daño moral por su aspecto negativo, es decir, la *no patrimonialidad*; así serían daños morales “todos aquellos que no pueden ser considerados como patrimoniales”;²³ Demogue y Grozzali dicen que “todos los dolores y todos los sufrimientos provocados en el hombre por la pérdida o el daño de cualquiera de los bienes que él posee”.

Muy vinculada a esta diferenciación está un segundo grupo de autores que mira el daño moral *no por la indole del bien jurídico afectado* sino más bien por la *posibilidad de reparación pecuniaria*. Fernando Gómez Pomar, por ejemplo, comienza su análisis diciendo que “en economía, dañar es hacer disminuir la utilidad del individuo dañado. En derecho, se distingue entre daños patrimoniales y daños morales, una dualidad básica y que tiene importantes consecuencias legales. El análisis económico del derecho integra entonces los discursos de la economía y del derecho para elaborar una teoría fecunda y elegante de los daños morales”.²⁴ Desde este punto de vista, los daños patrimoniales se diferencian de los daños morales en función de la muy distinta aptitud que el dinero tiene, en uno y en otro caso, para restaurar la utilidad perdida:

- a) El daño patrimonial provoca una disminución de utilidad que es compensable con dinero o con bienes intercambiables por dinero;
- b) El daño no patrimonial o moral, por el contrario, implica una reducción del nivel de utilidad que ni el dinero, ni bienes intercambiables por éste, pueden llegar a compensar: todo el oro del mundo no basta para reemplazar el sufrimiento experimentado por el velocista que queda tetrapléjico como consecuencia de un accidente.

Con base en esta teoría, el autor llega a conclusiones sorprendentemente absurdas; señala que de acuerdo con la teoría, el contenido socialmente óptimo de la norma jurídica básica sobre daños morales resulta sorprendente, al menos para los juristas habituados a los sistemas jurídicos reales. En efecto, la prevención óptima exige que el causante de daños haga frente a una condena a indemnizar tanto los daños patrimoniales como el daño moral, toda vez que éste supone una disminución efectiva de la utilidad individual y, por tanto, una pérdida neta de bienestar social.

²³ Mazzeud(1947), Henri: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*. Ed. Quatrième. París, pp. 256 y ss., *apud. Idem*.

²⁴ Gómez Pomar(2000), Fernando: *Daño moral*. Facultad de Derecho Pompeu Fabra. Barcelona www.indret.com.

La indemnización –concluye el autor– esperada deberá así coincidir con el daño socialmente esperado para que el mensaje –las señales– que el sistema jurídico envía a los agentes sociales les incentive a adoptar las precauciones socialmente óptimas. El causante, pues, debe pagar por el daño moral causado. Sin embargo, *el aseguramiento óptimo de la víctima requiere que ésta no reciba compensación alguna por el daño moral sufrido sino sólo y exclusivamente (aunque también: íntegramente) por los daños patrimoniales.*

Para sustentar esta afirmación, Gómez Pomar indica que “la indemnización del daño moral equivaldría a garantizar a la víctima un seguro cuyo precio –el importe de las primas– ésta no estaría dispuesta a pagar en prácticamente ningún caso: antes del accidente, la víctima potencial no se aseguraría contra el riesgo de sufrir un daño moral, pues un seguro de esta índole supondría transferir renta de un estado actual –de salud, por ejemplo– en el que el dinero se valora más a otro en el que se valora menos porque, por hipótesis, tras el accidente, el dinero rendirá menos utilidad que antes. Y ello bien porque el accidente, por sí mismo, puede acarrear una reducción de la utilidad marginal del dinero, bien por el carácter continuamente decreciente de esa función de utilidad marginal (en términos de representación gráfica, por la concavidad de la curva de utilidad marginal del dinero), dado que la compensación monetaria del daño patrimonial ya ha repuesto a la víctima en su dotación inicial de dinero”.²⁵

Otros autores definen el daño moral como “el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir, por el acto antijurídico”, y conforme al interés lesionado y la extrapatrimonialidad del bien jurídico afectado, Zanoni dice que el *daño moral es daño no patrimonial*, y éste, a su vez, no puede ser definido más que en contraposición al daño patrimonial. Daño no patrimonial en relación con el valor negativo de su misma expresión literal, es “todo daño privado que no puede comprenderse en el daño patrimonial, por tener por objeto un interés no patrimonial, o sea, que guarda relación a un bien no patrimonial”.²⁶

Siguiendo a Peirano Facio es necesario rechazar tal modo de precisar un concepto tan importante como el daño moral. El mismo autor nos dice:

De acuerdo a esta concepción, daño corporal sería aquel que cae bajo los sentidos, en tanto que el daño moral sería aquel perjuicio

²⁵ *Ídem.*

²⁶ Zanoni(1987), E.: *El daño en la responsabilidad civil, el daño moral*. Ed. Astrea. Buenos Aires(Argentina).

de carácter incorporeal, que no cae bajo los sentidos. Es claro que este criterio no puede proporcionarnos un concepto certero de daño moral, y ello por dos razones fundamentales: a) en primer lugar, porque la oposición es en sí misma insostenible, ya que resulta notorio que existen daños que caen bajo los sentidos y acerca de los cuales se sostiene que son daños morales; y b) en segundo término, cabe afirmar que esta distinción es filosóficamente inexacta, puesto que incluso el daño moral es perceptible por los sentidos, y esto es indudablemente así, puesto que ellos son los únicos medios posibles de comunicación del hombre con el mundo circundante.²⁷

A nuestra manera de ver, todas estas tesis que pretenden derivar del daño moral a partir de lo material o patrimonial revelan variadas confusiones pre-conceptuales; la más importante es confundir daño moral con lo *extrapatrimonial*.²⁸ Como dijimos en el epígrafe correspondiente, la noción de extrapatrimonialidad se corresponde con la *responsabilidad*, es decir, con la manera en que el agente del daño debe desplegar una conducta para *reparar* la lesión causada. Ciertamente lo “extrapatrimonial” no tiene naturaleza económica porque no se mide en dinero, y ello comporta *obligaciones de hacer* que, referidas a la responsabilidad, encuentra perfecta aplicación a los supuestos en que el agente del daño, aunque sea la Administración, debe *dar* o *hacer* para dar cumplimiento a su deber de responder.

Al hablar de la llamada “responsabilidad extrapatrimonial” hicimos alusión a la confusión de un amplio sector de la doctrina de considerar que lo “extrapatrimonial” era el “daño” y no la *responsabilidad*; ahora confirmamos que el término no debe abandonarse, como propone Henao, sino restringirse a sus justos límites: la manera *no económica* en que el Estado dará cumplimiento a su responsabilidad.

2.2 EL ELEMENTO INMATERIAL

Lo que ocurre con el daño moral es que tiene un sustrato no perceptible por los sentidos, lo que lo vincula con lo que se denomina “extrapatrimonial”. Se propone, dice Henao, borrar del lenguaje doctrinario y jurisprudencial la clasificación entre daños patrimoniales y extramatrimoniales, y

²⁷ Vid. Peirano Facio(1981³), Jorge: *Responsabilidad extracontractual*, p. 378.

²⁸ Los Mazzeaud sostienen que “el perjuicio material es el perjuicio patrimonial en tanto que el perjuicio moral es el perjuicio extrapatrimonial, que no posee contenido económico”, *Opus cit.*, tomo I, pp. 362 y ss.

conservar la misma idea, enunciada de manera diferente: daños materiales y daños no materiales.²⁹

La profesora venezolana Vielma Mendoza comenta que es frecuente considerar que el daño moral es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima; “pero ¿qué son en verdad esos dolores, angustias, aflicciones, humillaciones y padecimientos? Si se analizan bien, podríamos decir que sólo son estados del espíritu, consecuencia del daño. Así y a título de ejemplo, el dolor que experimenta la viuda por la muerte violenta de su esposo, la humillación de quien ha sido públicamente injuriado o calumniado, el padecimiento de quien debe soportar un daño estético visible, la tensión o violencia que experimenta quien ha sido víctima de un ataque a su vida privada, son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y que cada uno siente y experimenta a su modo”.³⁰

Estos estados del espíritu, dice Vielma constituyen el contenido del daño en tanto y en cuanto previamente, se haya determinado en qué consistió el daño sufrido por la víctima. El Derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquéllos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico, sobre el cual la víctima tenía un interés jurídicamente reconocido. Por lo tanto, lo que define al daño moral no es el dolor o los padecimientos, éstos serán resarcibles en la medida que sean consecuencias de la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales, reconocidos a la víctima del daño por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses, pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extramatrimoniales”.³¹

En este sentido, concluye con Brebbia, podemos decir, que los llamados *daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extramatrimoniales*.³²

²⁹ *Opus Cit.*, p. 193.

³⁰ Vielma Mendoza(2003), Yoleida: *Consideraciones sobre el daño moral*, en II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro. www.udg.es/codoba/com.

³¹ *Opus cit.*

³² Brevia(1985²), Roberto H.: *El daño moral*. Ed. Orbir. El Rosario (Argentina), publicado antes en Ed. Bibliográfica Argentina en 1957; véase también a García López(1990), R.: *La responsabilidad civil por daños morales. Doctrina y Jurisprudencia*. Ed. Bosch. Barcelona; Zavala de González(1991), M.: *Resarcimiento de daño a las personas*. Ed. Hammurabi. Buenos Aires; De Cupis(1966), Adriano: *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*. Ed. Giuffrè. Milano.

Otros autores, en cambio, definen el daño moral en atención a su reparación; así Givord señala “hay perjuicio extrapatrimonial todas las veces que el pago de una suma de dinero no es susceptible de constituir una reparación material adecuada al daño”.³³ Minozzi sostiene que puede existir daño patrimonial por lesión a un bien no patrimonial, extendiéndose la no patrimonialidad, no al daño en su origen, sino al daño en sus efectos;³⁴ Bevilacqua estima que el daño moral se da cuando la ofensa afecta al lado íntimo de la personalidad, formado por la vida, el honor, la libertad, etc.; Dalmartello define los daños morales como los constituidos por la “privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor principalísimo en la vida del hombre, tales como la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integración física, el honor y los más sagrados afectos”.³⁵

Otro sector de la doctrina critica a todas las teorías que tratan de vincular el daño moral con aspectos extrapatrimoniales o con la índole de los bienes afectados. Pietri señala que esta visión meramente negativa de aproximación al daño moral no es suficiente, es por ello, que más adelante concluye: *daño moral es la lesión producida en los sentimientos del hombre, que, por su espiritualidad, no son susceptible de valoración económica*. Como se aprecia la definición del autor sigue siendo “negativa” porque, definitivamente, no es *la valoración* lo que le da contenido al daño (valoración económica, pecuniaria o lo que fuere) sino, como tendremos ocasión de exponer, *su vinculación con el bien jurídico protegido*.³⁶

³³ Compartimos el criterio de Vielma Mendoza cuando afirma que el problema analizado por la doctrina de este siglo ha tenido por objeto establecer cuáles son los daños resarcibles en el plano no patrimonial. Problema que a la postre de las doctrinas modernas resulta estéril, toda vez que se ha afirmado “que todo daño es resarcible, aun el no patrimonial”, si ha sido provocado por un ataque antijurídico a un interés reconocido por el ordenamiento, en *opus cit.*

³⁴ Minozzi(1917), Alfredo: *Il danno non patrimoniale*. Milano, pp. 40 y ss., apud. Pietri(1997), Alejandro: *Valoración jurídica del daño moral*, p. 168.

³⁵ *Apud ibidem*.

³⁶ Sobre la base de la “extrapatrimonialidad”, algunos tribunales de instancia han definido el daño moral en atención a la valoración; a saber: Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas: *Sentencia de 12 de marzo de 2001* (Enio López González vs Barreto, Arias y Asociados, y otras): “Es sabido que el concepto de daño moral es una creación de la doctrina francesa, de la que pasó a diversas legislaciones, que la adoptaron y las incorporaciones en sus correspondientes codificaciones. Algunos doctrinarios denominan al daño moral como el ‘daño no patrimonial’ o ‘daño inmaterial’, o bien ‘daño no económico o extrapatrimonial’, pero en el fondo todos tienen un denominador común, y es que éste excede de la esfera de lo pecuniario, aunque a través del aspecto dinerario pueda tratar de compensarse. Por ello, la mejor doctrina define al daño moral como ‘todo perjuicio que no atenta al individuo en su fortuna o en su cuerpo. El daño comprende la desconsideración que significa para la persona atacada el resultado del ataque, el dolor causado por la

Otra crítica a esta visión la ofrece Juan Carlos Henao,³⁷ quien afirma que “la tipología descrita puede presentarse a confusiones, entre otras razones, porque permite pensar que todos los perjuicios *no económicos, no pecuniarios* serían morales”. Para la jurisprudencia francesa, nos refiere el autor, el perjuicio moral es tan sólo una parte del perjuicio no pecuniario, en el cual se puede clasificar, por ejemplo, el perjuicio *d’agrèment*.

Lo cierto es que, si bien es cierto que el daño moral es una lesión inmaterial, espiritual, no mensurable ni tangible, ello es sólo un *accidente* pero no la sustancia por lo cual su *definición* debe apuntar a lo que lo constituye y ni a lo que la caracteriza; pero, compartimos la opinión de Vielma Mendoza cuando afirma que la doctrina han sido reiterativa en que “se debe dejar la creencia de que el daño moral es un menoscabo, cuya entidad se agota en el ataque o lesión a derechos extrapatrimoniales, mientras que el daño material es pura y exclusivamente lesión o menoscabo a bienes materiales”.

Hay supuestos en el que el hecho dañoso lesiona un derecho extrapatrimonial como por ejemplo, la vida, la salud y, sin embargo, esa lesión provoca también un daño patrimonial, así, la incapacidad para el trabajo, los gastos de curación y convalecencia que pueden derivarse de la lesión sufrida.³⁸

2.3 INTENTO DE UNA ACLARACIÓN CONCEPTUAL

Cabanellas entiende por *daño moral* la “lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos o sentimientos, por acción culpable o dolosa de otra. Estrago que algún acontecimiento o doctrina causa en los ideales y costumbres de un pueblo, clase o institución.”³⁹ Y tan amplia y general como ésta es la definición de Aubry y Rau “consideramos daño moral resarcible el simple padecimiento del ánimo”. Para nosotros la definición de daño moral debe

pérdida de la persona querida, los sufrimientos físicos, la pena, las inquietudes que son, a veces, la consecuencia del hecho dañoso”) *Vid.* Baudy-lacantinnerie y Barde *Tratado théorique et pratique de Droit Civil*, París 1905, Tomo III, 2ª parte, pp. 1.099 y 1100). Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 11 de Julio (Sic) de 2.000 (Sic), acogió la definición doctrinaria del daño moral expresada en la Enciclopedia Jurídica Opus, y lo definió como “...la lesión que sufre una persona en sus sentimientos, afectos, creencias, fe, honor o reputación, o bien en la propia consideración de sí misma”, citado por el Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil: Sentencia N° 90 de 13 de marzo de 2002 (Enio López González vs Barreto, Arias y Asociados, y otras), bajo ponencia del Magistrado Carlos Oberto Vélez:

³⁷ *Opus cit.*, p. 191.

³⁸ *Opus cit.*

³⁹ En Chiossone, Tulio y otros(2001): *Indemnización de daños y perjuicios*, concretamente el apartado *Interpretación de Cabanellas sobre “daños y perjuicios”*. Fabretón editores. Caracas, pp. 7 y ss.

desvincularse de la *valoración* y, en cambio, apuntar *siempre* al bien jurídico protegido o tutelado, y en tal sentido:

Entendemos por *daño moral* a la lesión, afección o menoscabo de los bienes espirituales, intangibles o inmateriales de una persona natural o jurídica; con respecto de la primera, conformado por los *bienes de su personalidad* y con respecto de la segunda relacionado con los efectos intangibles de la personalidad jurídica.

En esta visión el daño moral no puede restringirse a los “sentimientos del hombre”, el “lado íntimo de la personalidad”, ni a ninguna expresión análoga pues resulta *material y formalmente insuficiente*. En primer lugar, porque el *bien* lesionado no sólo se relaciona con los *derechos de la personalidad* sino *toda otra esfera espiritual del hombre*; en segundo lugar, porque las personas jurídicas si bien carecen de “sentimiento” o “espiritualidad” (en el sentido estricto de los términos) sin embargo su *personalidad jurídica* incluye aspectos inmateriales como el buen nombre, el crédito, la fama de sus productos, la seriedad de su gente, la responsabilidad, etc.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en nuestro país también se ha planteado el tema de la relación entre el daño moral y los aspectos extrapatrimoniales; en sentencia de 13 de marzo de 2002 señaló que “el daño moral, *es el daño no patrimonial, es aquel que no recae directamente sobre el patrimonio de una persona*, o que cayendo sobre bienes objetivos, ocasione o no una lesión material en los mismos, causando una perturbación anímica en su titular, cualquiera que sea el derecho que sobre ellos se ostente”, pero a renglón seguido indica que “el daño moral es, pues, *daño espiritual; daño inferido en derecho de estricta personalidad, o valores que pertenecen más al campo de la afección que de la realidad material o económica*.”

Es la lesión ocasionada en los bienes no económicos de una persona, o la repercusión afectiva desfavorable producida por daños materiales. Es decir, no se incluye la circunstancia de que el daño moral pueda originarse y de derecho se origine en multitud de ocasiones, unido como consecuencia de ofensas o daño causados en los bienes económicos del ofendido, pero cuidando de distinguir en todo caso los unos de los otros”. En esta misma sentencia se concluye:

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil: *Sentencia N° 90 de 13 de marzo de 2002* (Enio López González vs Barreto, Arias y Asociados, y otras, exp. AA20-C-2001-000468), bajo ponencia del Magistrado Carlos Oberto Vélez: El daño moral puede afectar

una amplísima esfera de valores, muchas veces indefinidos e indefinibles, razón en que se asientan los grandes obstáculos encontrados hasta el presente para la regulación jurídica de estos daños. Diversos autores se han ocupado del tema y se sirven para caracterizar el concepto de daño moral de su aspecto de su no patrimonialidad. Así lo hace los hermanos Mazeaud, para quienes los daños morales son todos aquellos que no pueden ser considerados como patrimoniales. En resumen el daño moral es la lesión producida en los sentimientos del hombre que, por su espiritualidad no son susceptibles de valoración económica.

En conclusión aceptando como concepto del daño moral el que recae en el campo de la espiritualidad o de la afección, es evidente que caben en él todos los que pertenecen a esferas tan distantes como la vida, el honor, la libertad, el crédito, la capacidad o aptitud profesional, el afecto que una persona pueda sentir por otras vivos o muertos o por las cosas, etc.

En otra sentencia (131/2000 ratificando una decisión de la misma Sala de Casación Civil de 24 de abril de 1998) había definido el daño moral en atención a la no patrimonialidad, al indicar:

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil: *Sentencia N° 131 de 26 de abril de 2000* (Víctor Colina Arenas vs Raúl Ademar Salas, Pergis, C.A. y Adriática de Seguros, exp. 99-097), con ponencia del Magistrado Carlos Oberto Vélez: En efecto en sentencia de fecha 24-04-98, la Sala ratificando su doctrina, expresó: “Evidencia esta Sala de Casación Civil que en el fallo recurrido se ordena indexar el monto del daño moral, al cual fue condenada la empresa a cancelar al trabajador. *El daño moral es, por exclusión, el daño no patrimonial; es aquel que recae en los valores espirituales o en valores que pertenecen más al campo de las afecciones que de la realidad material económica*. El daño moral es la lesión ocasionada en los bienes no económicos de una persona o la repercusión afectiva desfavorable producida por los daños materiales. En resumen, el daño moral es la lesión a los sentimientos del hombre que por su espiritualidad no son susceptibles de una valoración económica.

Un tribunal de Costa Rica en sentencia de 07 de diciembre de 1992 apunta al “orden interno de la víctima”; así en efecto:

Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Tercera: Sentencia de 07 de diciembre de 1992 no 394-F de las 9,15 hrs.: *El daño moral es la lesión que sufre una persona en su honor, reputación, afectos, sentimientos, o intereses de orden moral por la acción de un delito*. Desde esta perspectiva debe de entenderse que esta clase de daño no se traduce en una pérdida económica, pues en realidad lo que hiere es un derecho extrapatrimonial, ya que ofende el orden interno de la víctima al dejarle secuelas que la hacen sentirse en un plano inferior a los demás en lo relativo a la valoración que de ella se puede hacer. Esta situación significa un sufrimiento psíquico, una posible limitación para el trabajo, alguna molestia en la sociedad y un dolor moral al encontrar que no recobra del todo la condición, que puede ser aún física, con que contaba con anterioridad al delito.

Voto salvado: Para la situación costarricense es necesario afirmar, en primer término, que compartimos el criterio de la mayoría al afirmar que el daño moral constituye una lesión que sufre una persona en su honor, reputación, sentimientos, afectos o intereses de orden moral de carácter general a consecuencia de un delito. En otros términos, y como lo dice la mayoría con cita del voto de esta Sala (N° 28 del 28 de enero de 1987), *se trata de un sufrimiento psíquico más amplio que la afectación al honor, no limitado sólo a esos delitos, sino ampliado a cualquier daño a intereses de orden moral*. Lo anterior significa que ese daño psíquico también comprende el sufrimiento de una persona por las lesiones que ha recibido a consecuencia de un hecho delictivo, por el dolor padecido por la sola producción de heridas, y por el sufrimiento aflictivo durante todo el período de convalecencia de las heridas físicas recibidas.

Y, en fin, una Corte Superior de Buenos Aires definió el daño moral con la siguiente perspectiva: “constituye a su vez, toda modificación disvaliosa del espíritu, es su alteración no subsumible sólo en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estado de aguda irritación, que exceden los que por el sentido amplio de dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona, sobre el cual los demás no pueden avanzar, de manera que todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra configura un daño moral”.⁴⁰

⁴⁰ Argentina: Sup Corte BsAs. 19/9/95- Toledo, Noemí E vs Municipalidad de la Matanza), 1997-II - síntesis.

Nuestra propia jurisprudencia ha señalado que “*el daño moral está conformado por el sufrimiento de un individuo en la esfera íntima de su personalidad*, que determina su degradación de valor como persona humana, respecto de otros en la sociedad en que se desenvuelve o frente a sí mismo, causado injustamente por un tercero. Dicho sufrimiento puede igualmente consistir en lesiones corporales o pérdidas físicas de familiares”.⁴¹

Debe señalarse que es una visión restringida de daño moral, puesto que dejaría por fuera, por ejemplo, el daño moral a las personas jurídicas que en nada tienen que ver con “sufrimientos” o “dolores” ni ninguna esfera íntima pero es obvio que tiene un conjunto de bienes inmateriales (reputación o fama, responsabilidad, honestidad, buena imagen, etc.) que serían resarcibles en caso de lesiones ilegítimas.⁴²

3. LA POSITIVACIÓN DEL DAÑO MORAL

Si el campo de la responsabilidad, como lo dijimos en la introducción a este trabajo, como *objeto preciso* del Derecho, tiene relativa juventud en nuestra ciencia, el daño moral es, con mucho, de reconocimiento más reciente. Sin duda que como lo dice Pietri, “la simplicidad de la vida en siglos anteriores, era causa de que dicho daño no trascendiera en la medida en que hoy se manifiesta en los casos en que tiene lugar”;⁴³ según el autor, la extraordinaria complejidad de la vida moderna ha obligado a la aparición de normas distintas a las que regían la vida social de nuestros antepasados.

Con todo es posible encontrar en el Derecho romano algún intento de regulación de las lesiones inmateriales; así, la segunda regla de la *ley aquilia* definía y sancionaba la injuria, es decir, el ultraje inferido a una persona en

⁴¹ Vid. Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil: *Sentencia de 12 de noviembre de 2002* (Víctor Colina Arenas vs Raúl Ademar Salas y otras, exp. 00-985.), con ponencia del Magistrado Franklin Arrieche.

⁴² Sólo en este sentido valga recordar lo dicho por el Consejo de Estado Colombiano: “En cuanto al daño o perjuicio moral, se ha hecho la distinción entre el objetivado y el subjetivo, llamado también *pretium doloris* de carácter psíquico afectivo cuya demostración puede aceptarse por medio de una presunción simple” (Vid. Consejo de Estado de Colombia: Sentencia de 28 de junio de 1967, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Tercera); y también “El daño que sufre una persona en su patrimonio moral puede materializarse por sus repercusiones en el campo económico. Surge entonces el daño moral objetivado que fácilmente puede repararse porque es tangible, estimable en dinero”. Vid. Corte Suprema de Justicia de Colombia: Sentencia de 25 de enero de 1961, bajo ponencia del Magistrado Luis Carlos Zambrano. Cfr. Acosta Polo, María y Liévano Vegalara, Ana(1992): *El daño moral, causa de la responsabilidad del Estado*. Universidad Javeriana. Bogotá, pp. 21 y ss.

⁴³ *Opus cit.*, p. 166.

su reputación, en su dignidad o en el ejercicio de sus derechos. Para la época clásica, se requería el *dolo* para que naciera la acreencia, con lo cual la *iniuria* o *contumelia* podía diferenciarse: a) según el género de *iniuria* que podía provenir de vías de hecho, palabras, escritos o actos; y b) según la naturaleza del derecho lesionado, el de propiedad, libertad, uso de cosas comunes, la consideración u honor debidos a un impúber o a una mujer honrada; y c) según la gravedad de la *iniuria* podía ser atroz o leve.⁴⁴

En el Derecho español antiguo, las Partidas de Alfonso El Sabio establecía: “El empeoramiento o menoscabo o detruymiento que ome rescibe en si mesmo, o en sus cosas, por culpa de otro” (Partículo 7^a, Tit. 15, L. 1^a). En la interpretación de Latorre “es de creerse que el daño *en sí mismo*, distinto del daño en el patrimonio material comprendido *en sus cosas*, abarcara el daño moral, porque la ley XXX castigaba las deshonras, aunque declaraba que no se podía señalar una pena fija ni una misma indemnización por las diversas clases de deshonras que la misma ley contemplaba. El mismo autor nos da noticias del Código Civil francés cuyo artículo 1382 estableció: “Todo hecho cualquiera que causa a otro un daño, obliga a la reparación por parte de aquel cuya culpa lo ocasionó”.⁴⁵

Laurent, citado por Latorre, señala que la noción de “daño” implica también la reparación de los *morales*, “el artículo 1382 habla de un *daño* en términos absolutos que no admiten distinción; todo daño debe, pues, ser reparado, tanto el daño moral como el daño material. El espíritu de la ley no deja ninguna duda; ella quiere amparar todos los derechos del hombre; todos sus bienes; ahora bien: nuestro honor, nuestra consideración, no son el más preciado de los bienes? Son más, constituyen la esencia de nuestro ser. Se ha objetado en relación a la importancia misma de los derechos que se trata de garantizar *¿Qué reparación debe darse al honor lesionado?* ¿el honor puede tener un precio en dinero? Ciertamente, no; por toda condena aunque sea pecuniaria, implica una reprobación moral del hecho perjudicial”.

⁴⁴ Cfr. Latorre(2001), Luis F.: *Un caso singular de indemnización por perjuicios morales*, en Chiossone, Tulio y otros(2001): *Indemnización de daños y perjuicios*. Fabretón editores. Caracas, pp. 7 y ss.; este trabajo del autor fue escrito en Bogotá en septiembre de 1926, a propósito de la sentencia Villeveces que comentaremos más adelante.

⁴⁵ La norma establece: *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*; la referencia es tomada de Pietri(1997), Alejandro: *Valoración jurídica del daño moral*, p. 180.

A propósito de esta norma, ya en 1833 del procurador general Dupin sostuvo la opinión de que no había razón para incluir a los daños materiales y excluir a los daños morales de la interpretación de la norma; “no hay razón para creer que no había más que un perjuicio material y de dinero que pueda originar una acción por daños y perjuicios”, habiendo sido numerosas las sentencias en que dicho Alto Tribunal francés ha consagrado la reparación de los daños morales.

Lo cierto es que desde hace más de una centuria, las legislaciones de los países europeos como Suiza,⁴⁶ Austria,⁴⁷ Alemania,⁴⁸ por citar algunos ejemplos, así como los latinoamericanos se han preocupado por *positivar* el daño moral. Siguiendo al maestro Mélich Orsini pueden distinguirse diversos sistemas legislativos en atención a la posibilidad de reparación o no, o reparación limitada. Así tenemos:

- a) Sistemas que consagran la reparación del daño moral en cualquier supuesto de hecho ilícito; en algunos casos, comenta Mélich, este sistema encuentra base en una consagración expresa de la

⁴⁶ Anticipándose a las legislaciones de otros países, refiere Pietri, el Código Federal suizo de 1833 admitía la reparación del daño moral en casos concretamente previstos, tales como los de muerte o lesiones graves interviniendo dolo o culpa grave, mutilación o desfiguración y atentado contra las condiciones personales. El Código suizo de obligaciones de 1911 dispone de manera expresa en el artículo 49: “El que ha recibido un agravio en sus intereses personales puede reclamar en caso de falta, daños e intereses y además una suma de dinero en concepto de reparación moral, cuando la misma se encuentre justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”, y el artículo 17 dispone: “El juez puede, teniendo en cuenta las circunstancias particulares, conceder a la víctima de lesiones corporales, o en caso de muerte, a la familia, una indemnización equitativa en concepto de reparación moral”.

⁴⁷ El Código Civil austríaco define el daño en el artículo 1293 así “cualquier perjuicio ocasionado en la fortuna, en los derechos o en la persona de un individuo”; el artículo 1323 al referirse a la reparación “si el resarcimiento sólo se refiere al daño ocasionado, se llama propiamente indemnización; si se atiende también al perjuicio y a la reparación de la defensa, se llama satisfacción plena”; el artículo 1330 que “Si con ofensas al honor se ocasionare a alguno un daño real o un perjuicio, el perjudicado tendrá derecho de pedir indemnización o la satisfacción plena”, y el artículo 1325 establece que el causante de una lesión corporal, el obligado “debe abonarle al lesionado por los dolores sufridos”, una cantidad que se determinará según las circunstancias. La referencia es tomada de Latorre(2001), Luis F.: *Un caso singular de indemnización por perjuicios morales*, pp. 32-33; desconocemos si estas normas han sufrido alguna variación.

⁴⁸ El Código alemán establece en el parágrafo 547 “En caso de lesión corporal o de atentados a la salud, como en caso de privación de la libertad, la persona lesionada puede también exigir una reparación equitativa en dinero por los daños que *no se han causado en sus bienes...*”. Los parágrafos 1300 y 343 extienden la reparación a *todo* interés lesionado, distinto al pecuniario, en ciertos casos análogos, como el de la desposada de buena fama que ha cohabitado con su prometido y sobreviene la ruptura de los esponsales. En tal caso ella puede exigir una reparación equitativa *aun por el daño que no haya sido causado en sus bienes*. La referencia es tomada de Latorre(2001), Luis F.: *Un caso singular de indemnización por perjuicios morales*, pp. 33-34, desconocemos si estas normas han sufrido alguna variación.

ley como ocurre en Venezuela, ciertos Estados mexicanos, Perú.⁴⁹ En otros casos, ha sido únicamente la jurisprudencia, como es el caso de Francia,⁵⁰ España, Chile, Colombia, Uruguay y de la mayor parte de los Estados Latinoamericanos;

b) Sistemas que consagran la reparación del daño moral únicamente en caso de que el mismo provenga de un delito de naturaleza criminal. Tal es el caso de Argentina⁵¹ e Italia;

⁴⁹ A propósito del artículo 1.148 del Código Civil peruano, en la Exposición de Motivos se lee: “No es preciso, por otra parte, que el daño sea material patrimonial. Puede tratarse de verdaderos detrimentos morales que se traducen en dolores o en menoscabos de ciertos bienes inmateriales. La actitud prudente de nuestra formulación puede ser notada en el hecho de haberse atribuido al juez facultad de influenciar la indemnización por el factor moral que hubiere intervenido. Por este medio, la jurisprudencia estará habilitada a reparar o satisfacer todos los intereses respetables. Habrá casos sin duda en los que la solución más indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana o al perjuicio de ciertos aspectos de bienes no materiales”. Conforme a ello la jurisprudencia peruana ha concedido reparación por daños morales en casos de imputaciones injuriosas, sufrimientos físicos, ruptura injustificada de esponsales, etc. *Vid.* Guzmán Ferrer(1954), Fernando: *Código Civil. Exposición de Motivos. Comentarios*. Ed. Lima. Perú; *Cfr.* Barandiarán(1956), José León: *Comentarios al Código Civil peruano*. Ed. Ediar. Buenos Aires; *Vid.* Mélich Orsini(2001²), José: *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, p. 48.

⁵⁰ En este país en donde opera, con mayor amplitud, el principio de la responsabilidad de todo daño moral. Los tribunales, dicen Mazeaud y Tunc, han encontrado aquí un instrumento maravilloso para asegurar la protección del integro patrimonial moral de la persona y defender contra todo atentado, los derechos de la familia (patria potestad y potestad marital), como el honor, la consideración, los sentimientos afectivos, las convicciones religiosas, las ideas morales, los hábitos o usos mundanos, las legítimas satisfacciones que se pueden esperar de la vida, el pudor la reputación comercial, etc., y aun “el derecho moral” del autor sobre su obra, la expresión de su pensamiento. *Apud. Idem.*

⁵¹ La previsión contenida en el artículo 1.078 del Código Civil. Orgaz comenta que numerosas intromisiones ilícitas en la vida privada ajena y múltiples ataques a la integridad moral, en efecto, que causan realmente dolor, o humillación, o disgustos u otras molestias íntimas, quedan en nuestra ley sin la represión correspondiente si los hechos no constituyen específicamente delitos penales; por ejemplo, la publicación de retratos de miembros de la familia deformes, o de fotografías tomadas en actitudes que aisladamente, pueden considerarse ridículas o equivocadas, o con ropas ligeras o en traje de baño; o para propaganda comercial; la revelación innecesaria de que una persona no es hija legítima de otras, sino adoptada o recogida, o que es hija natural o adulterina; o la humillación que se ocasiona a un paciente, en cuyo examen corporal el médico hace participar a otro hombre, que no es médico ni ayudante, etc. “En todos estos y en los demás análogos en que, de acuerdo con las circunstancias no pueda calificarse el hecho de injurias o de otro delito penal, los bienes morales del afectado quedan sin protección alguna, expuestos a las indiscreciones y aun las perversidades de cualquier indiferente o mal intencionado. Esta insuficiente protección, que sin embargo reproduce un Código moderno y prestigioso como el italiano vigente, constituye indudablemente un grave defecto de nuestra ley”. *Vid.* Orgaz(1952), Alfredo: *El daño resarcible*. Ed. Bibliográfica Argentina. Buenos Aires. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido más allá y ha admitido que el daño moral puede ser reclamado sin que exista delito. Sin embargo, a nuestra manera de ver existen suficientes elementos normativos para sostener una posición contraria a lo que dice Orgaz y comenta Mélich; en efecto, El artículo 522 del Código Civil establece “En los casos de indemnización por responsabilidad contractual el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso”; por otro lado, el artículo 1.069 dispone “El daño comprende no sólo el perjuicio efectiva-

c) Sistemas que consagran de modo casuístico la reparación de ciertos daños morales, como ocurre en Suiza, Alemania y Brasil.

La jurisprudencia, en cambio, ha sido desigual: en unos casos negando la procedencia del daño moral en los supuestos en que la legislación no lo previera de modo expreso y, en otros, construyendo una verdadera teoría general de la responsabilidad. En nuestro ordenamiento jurídico, en nuestro Código Civil se incorporó la norma básica de la responsabilidad por daño moral, a saber:

Artículo 1.196 CCV. La obligación de reparación se extiende a todo *daño material o moral* causado por el acto ilícito. El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.

El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como *reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima*.

La norma se corresponde con el artículo 85 del Proyecto franco-italiano de Código de las Obligaciones y de los Contratos, del cual procede textualmente según aparece en los trabajos de la Comisión Codificadora Nacional en su sesión del día 05 de marzo de 1940. En la intención de los proyectistas que “finalmente el artículo 85 resuelve el punto muy discutido de la reparación del daño moral con la declaración expresa de que todo daño moral debe ser reparado y entendiéndose por daño moral, el que no concierne en modo alguno al patrimonio y sólo causa un dolor moral a la víctima”.⁵² Los aspectos más importantes de resaltar de la norma son los siguientes:

mente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses. Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable”; y por último el artículo 1071bis dispone que “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el Juez, de acuerdo con las circunstancias del caso; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”. Estas normas permiten concluir que el daño moral no se restringe a los derivados de delito sino también a cualquier situación lesiva a los bienes jurídicos a que se contrae el artículo 1071.

⁵² Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Federal: *Sentencia de 25 de enero de 1949*, transcrita en Mélich Orsini, José y otros(1987): *La acción de simulación y el daño moral. Doctrina, legislación, jurisprudencia*. Caracas, pp. 222 y ss.

- a) El daño moral no se restringe, como pudiera pensarse, sólo a los casos de muerte porque se ha entendido, cabalmente a nuestro ver, que el daño moral puede provenir de cualquier hecho y cuando éste es “ilícito” entonces el juez debe ordenar una “indemnización” como *reparación del dolor sufrido*; comenta Mélich Orsini que la enunciación es meramente *enunciativa* por los términos generales en que está redactada la primera parte de la disposición (“la obligación de reparación se extiende a *todo* el daño material o *moral*...”) como la propia Exposición de Motivos del Proyecto Franco-Italiano de las obligaciones;⁵³
- b) Conforme a esta norma, y como será analizado con más detalle más adelante, la legitimación se encuentra no sólo en la persona de la víctima sino que, en caso de muerte, el daño moral puede ser reclamado, como *derecho propio*, por los parientes, afines o cónyuge en los casos de muerte;
- c) Sobre las facultades del juez derivadas de la expresión “puede” o “podrá” será abordado más adelante al estudiar las potestades del juez en la estimación y valoración del daño moral.

El daño moral, como se ha hecho notar anteriormente, ha sido estudiado por nuestra doctrina y aplicado por nuestra jurisprudencia, dentro de la temática de la “responsabilidad civil extracontractual”, que incluye: a) la responsabilidad directa o por hecho propio; b) la responsabilidad indirecta por hecho ajeno; y c) la responsabilidad por guarda.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil: *Sentencia de 12 de noviembre de 2002* (Víctor Colina Arenas vs Raúl Ademar Salas y otras, exp. 00-985), con ponencia del Magistrado Franklin Arrieche: La responsabilidad civil extracontractual por hecho ilícito comprende diversas hipótesis:

- 1.- La responsabilidad directa, ordinaria o por hecho propio, en que el agente material responde frente a la víctima por las consecuencias de su propia acción u omisión.
- 2.- Responsabilidad indirecta o por hecho ajeno, en que el hecho u omisión que causó de inmediato el daño fue cometido por una

⁵³ Vid. Mélich Orsini(2001²), José: *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, p. 51.

persona distinta de la obligada a responder por la víctima. Un ejemplo de ello está establecido en el artículo 1.191 del Código Civil, de conformidad con el cual los dueños y principales o directores son responsables del daño causado por el hecho ilícito de sus sirvientes y dependientes en el ejercicio de las funciones que les han empleado.

3.- La responsabilidad por los daños causados por animales y cosas de su propiedad o bajo guarda o cuidado, prevista en los artículos 1.192, 1.193 y 1.194 del Código Civil.

En todos estos casos, sin duda, la llamada “responsabilidad extracontractual” se aplica a los *daños materiales* producidos pero, a tenor de la norma objeto del presente análisis, (artículo 1.196 del Código Civil) la *reparación* se extiende a *todo* daño moral; en consecuencia, en cada uno de los supuestos será procedente, la reparación por los daños espirituales o inmateriales.

Esta categorización de la responsabilidad civil ha sido utilizada por nuestra Sala Político Administrativa para “justificar” la responsabilidad del Estado, en particular, la responsabilidad por guarda de cosas que se ha reputado por nuestra jurisprudencia como un supuesto de responsabilidad objetiva. Sin embargo, nos plegamos al criterio de la doctrina mayoritaria de considerar que, en relación con el Estado, basta las normas de Derecho público y los criterios de falla del servicio y faltas personales para justificar una condena damnificatoria. No hay que buscar elementos *civilísticos*, a veces inapropiado, para lo que tiene una *sustantividad* y unos *finés* propios sin olvidar que la *teoría general de la responsabilidad* así como sus principios básicos hunde sus raíces en el Derecho civil, por cuya razón sería legítimo postular un régimen especial entre lo público y lo privado. Lo “especial” en el régimen administrativo sería justificar la responsabilidad del Estado por hechos lícitos cuando se encuentra en juego el principio de igualdad ante las cargas públicas.

4. CLASIFICACIÓN

4.1 DAÑOS MORALES PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES

Algunos autores han pretendido encontrar *diversas clases* de daño moral, en atención a su naturaleza del bien lesionado y en la posibilidad de estimación pecuniaria. Pietri señala que, si se considera la “naturaleza del bien o derecho lesionado” se distingue el daño que recae *sobre bienes inmateriales* (tales como los derechos de la personalidad) y, en segundo lugar, los que

recaen sobre *bienes materiales*, pero que, independientemente del daño material producido, originan también un daño moral.

Atendiendo a sus efectos, comenta el mismo autor, puede distinguirse los *daños morales susceptibles de una estimación pecuniaria*, por producir una pérdida real, una disminución en sus ingresos o en el ritmo de sus ingresos, y los *morales "strictu sensu"*, es decir, aquellos que la afección no sale, ni por su origen ni por sus efectos, del campo de lo estrictamente espiritual, moral, del sujeto, no siendo susceptibles de valoración económica, bien por no producir daño o disminución ninguna en este terreno, bien por no ser posible establecer una relación que permita equiparar el daño en lo moral con el daño en lo económico.⁵⁴

En este afán de equivaler el daño moral al daño patrimonial, Messineo señala que “en alguna medida, el daño moral causado a las personas también se manifiesta como daño patrimonial en cuanto suprima, o al menos reduzca, la capacidad productiva y de rendimiento del sujeto lesionado, en forma transitoria o permanente: la pérdida de un miembro o de un ojo, una enfermedad orgánica o un estado psíquico anormal que haga inhábil o menos hábil para el trabajo son también daños patrimoniales”.⁵⁵

La construcción nos parece artificial e infundada. En efecto, en la primera diferenciación si se trata de bienes materiales pero que “originan también un daño moral”, como afirma el autor, *no estamos en presencia de una “clase” de daño moral diferente*, sino de una clara lesión a *bienes inmateriales*. No existe entonces ningún parámetro para la “diferenciación”. Y en el segundo aspecto, si la lesión produce una “real disminución de ingresos” entonces no estamos en presencia de “daños morales” sino, claramente, de lesiones materiales. Así, por ejemplo, si a una empresa que comercializa productos de consumo masivo se le lesiona su “reputación” o “fama” de tal modo que ello implique una disminución real y efectiva de sus ingresos patrimoniales, tales efectos son claramente cuantificables y entran en la esfera del “patrimonio” de la persona, es decir, no se trata de *daños morales cuantificables* sino de lesiones materiales.

De igual modo, si una mujer reclama en virtud de la muerte del esposo que perdió su única fuente de sustento diario, no se trata de *daños morales* sino

⁵⁴ *Ibidem*, p. 169.

⁵⁵ Cit. Apud. Tawil(1993³), Guido Santiago: *La responsabilidad del Estado y de los magistrados...*, p. 88; Cfr. Mosset Iturraspe(1982), Jorge: *Responsabilidad de la administración pública*, en *La Ley* 1982-A-517. Buenos Aires, pp. 151 y ss.

de afecciones o lesiones materiales claramente cuantificables. Muy parecida a la clasificación de Pietri se consigue en Francisco Nava para quien el daño moral puede estudiarse en dos sentidos:

a) *Sentido estricto*: Es daño moral el que no recae sobre ninguna cosa material perfectamente al que se diga perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente por la persona misma que lo experimenta, porque consiste en la lesión de los efectos del alma.

b) *Sentido amplio o impropio*: Es aquel que, si no toca el patrimonio material directamente, puede reflejarse sobre él y puede recaer en consecuencia sobre bienes patrimoniales; pero se necesitan para la actividad de la lucha por la vida y las alteraciones de esos elementos pueden dañar el patrimonio material.⁵⁶

Valga la misma crítica. Más racional, nos parece, encontrar una *accidentalidad* en la configuración del daño moral, a saber: aquellos que se presentan vinculados con lesiones materiales y, en segundo lugar, aquellos daños morales que se presentan como autónomos o principales, clasificación que propondremos más adelante.

4.2 DAÑO MORAL OBJETIVO Y DAÑO MORAL SUBJETIVO

Según nos refiere Vielma Mendoza, la doctrina clásica italiana, habla de daño moral “objetivo” y de daño moral “subjetivo”. Daño moral objetivo sería aquel menoscabo que sufre la persona en su consideración social; y en cambio, el daño moral subjetivo sería aquel que consiste en el dolor físico, las angustias o aflicciones que sufre la persona en su individualidad. Ejemplo del primero, es el daño provocado por las injurias o por las calumnias que ofenden al buen nombre, el honor o la reputación pública; ejemplo del segundo, las heridas u ofensas físicas.

En la doctrina francesa los Mazeaud y Tunc distinguen la parte social y la parte afectiva del patrimonio moral. Separan los daños que atentan contra la parte social del patrimonio moral “que afectan al individuo en su honor, en su reputación y en su consideración”, y los daños que atentan contra la parte

⁵⁶ Nava(1936), Francisco: *En el código civil venezolano, ni en ninguna otra ley positiva del país, está ordenado el resarcimiento del daño moral constituido por el dolor psicológico*, en Chiossone, Tulio y otros(2001): *Indemnización de daños y perjuicios*. Fabretón editores. Caracas.

afectiva del patrimonio moral “que alcanzan al individuo en sus afectos”, se trata, por ejemplo, del pesar experimentado por el hecho de la muerte de una persona que nos es querida.

De otro lado, la misma autora comenta que la jurisprudencia española por su parte habla de daño moral “puro” y considera que daños no patrimoniales son daños morales puros, es decir, los que no acarrearán ni directa ni indirectamente consecuencias patrimoniales económicamente valiables y que se identifican con la perturbación injusta de las condiciones anímicas del sujeto lesionado. Así la doctrina distingue entre daño moral “directo” y daño moral “indirecto” partiendo de la naturaleza de los intereses jurídicos afectados (no se toma en cuenta la naturaleza que presuponan esos intereses).

En este sentido el daño moral es directo “si lesiona un interés tendiente a la satisfacción o goce de un bien jurídico no patrimonial”; el daño moral será indirecto “si la lesión a un interés tendiente a la satisfacción o goce de bienes jurídicos patrimoniales, produce, además, el menoscabo a un bien no patrimonial”. Tal distinción, concluye Vielma Mendoza, no es novedosa y surge de la teoría general del daño, y se siguen los mismos parámetros para conceptualizar el daño patrimonial directo y el daño patrimonial indirecto.

De este modo se establece, así como el daño patrimonial es una consecuencia posible pero no necesaria del hecho lesivo a un interés no patrimonial, el daño moral indirecto es la derivación del hecho lesivo a un interés patrimonial.⁵⁷

4.3 EN ATENCIÓN A SU VINCULACIÓN CON LOS DAÑOS MATERIALES

Para nosotros, ciertamente se puede hacer una diferenciación de daño moral pero sólo en su entidad propia y su aptitud relacional con las lesiones mate-

⁵⁷ *Opus cit.* Hay otros autores que ven una “clase” de daño moral en atención al carácter “civil” o “penal” de la responsabilidad imputable al agente; sin embargo, Pietri quien lo refiere, señala: “si bien, a efectos de reparación, siempre habrá de considerarse la necesidad, en cuanto a los segundos, de sancionar una reparación privada, que venga a satisfacer al agraviado en la esfera de su personalidad individual, ya que la reparación pública que implica la imposición de una pena no alcanza a la primera especie de reparación mencionada. La reparación, concluye el autor, privada personal, tendrá siempre un carácter civil, o, al menos, no penal, dado el criterio moderno atribuido a la pena, por el cual ésta no puede revestir nunca la naturaleza de satisfacción privada otorgada a la víctima del hecho delictivo”. *Cfr.* Pietri (1997), Alejandro: *Valoración jurídica del daño moral*, p. 172; para nosotros esta construcción es más superficial aún porque lo “civil” o lo “penal” no son más que índole de catalogar el hecho ilícito, fijar la responsabilidad y determinar la competencia, pero en modo alguno pudiera ser un criterio para “diferenciar” el daño moral.

riales. El fallo *Letisserand* de 1961 del Consejo de Estado francés hubo admitido la posibilidad de reparación del daño moral con independencia del daño material. Tawil, por su parte, en su concepción de reparación integral señala lo siguiente:

Tal posición parece la más adecuada, debiéndose aceptar incluso la reparación del daño moral aun a falta de un perjuicio material, ya que no cabe duda de que aquél puede producirse y debe repararse aun a falta de éste, como ocurre en los supuestos de imputaciones criminales falsas, ante el grave descrédito y desprestigio que traen aparejadas. No se puede dudar, hoy en día, de que la reparación de los agravios morales resulta esencial, ya que “se infieren ataques al alma lo mismo que al cuerpo”.⁵⁸

Así entonces estimamos que existen daños morales primarios desvinculados de las lesiones materiales y otros daños morales que se presentan como una consecuencia inmediata de la previa existencia de lesiones materiales que, bien pudieran denominarse “daños morales secundarios o vinculados”.

4.3.1 *Daños morales primarios o autónomos*

En efecto, existen daños morales que se producen con absoluta independencia de lesiones corporales y, en tal sentido, tienen *existencia real y concreta* en la esfera individual de la víctima. Se trata de un *daño moral puro* que no requiere de la “comprobación” previa de lesiones materiales para que se constituya efectivamente. Las lesiones al honor, reputación, vida privada, propia imagen, intimidad personal o familiar, etc., refieren a un conjunto de situaciones jurídicas tuteladas *en sí y por sí* suficientemente aptas para generar el derecho a reparación. Lo hemos denominado daños morales “primarios” o “autónomos” precisamente por su absoluta desvinculación de lesiones materiales.

Como veremos más adelante, en la fenomenología procesal, cuando se afirma que el *daño moral* no es susceptible de prueba, hay que tomar en cuenta esta clasificación porque, si se trata de daños morales autónomos o no vinculados es necesario acreditar la lesión y el juez debe utilizar, al menos, las máximas de experiencia para ello; en cambio que, si se trata de daños morales secundarios, bastará con demostrar el hecho ilícito para que, también sobre la base de las máximas de experiencia o la experiencia común, el juez

⁵⁸ *Opus Cit.*, pp. 89-90.

pueda determinar si, efectivamente, del *tipo de lesión corporal* causalmente se genera una lesión espiritual.⁵⁹

4.3.2 Daños morales vinculados o secundarios

Por otro lado, existen daños morales cuya ontologización depende de la previa constatación de una lesión material o corporal, así tenemos que las deformaciones de la figura humana proveniente de un accidente de tránsito producen afecciones en la esfera espiritual de la víctima; el dolor y padecimiento causado por la muerte de una persona puede generar sentimientos de desasosiego en sus familiares directos. En estos casos el “daño” está constituido por las secuelas o consecuencias de una lesión material, teniendo un carácter “derivado” o “vinculado”.

Juan Carlos Henao, haciendo una apretada diferenciación entre “daño” y “perjuicio” llega a decir que “si un peatón pierde una pierna al ser atropellado por un vehículo, el daño es la pérdida de la pierna, y el perjuicio –objeto de indemnización– todas las consecuencias que se generan por la pérdida de la misma. En ese sentido, comenta el autor, a propósito del daño no se debe estudiar si determinado hecho dañino atribuible a una persona causó la pérdida de la pierna, puesto que ello es un problema de imputación, sino tan sólo analizar si los perjuicios que se invocan (daño moral, perjuicio fisiológico, pérdida de la capacidad laboral, pérdida de la oportunidad de competir en la prueba, etc.) provienen del daño causado.”⁶⁰

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala Político Administrativa: *Sentencia de 30 de noviembre de 1994* (R. Gallardo vs INOS), bajo la ponencia del Magistrado Humberto La Roche, señaló: “la entidad y valoración del daño moral, por versar fundamentalmente sobre derechos y atributos fundamentales de la personalidad, tales como la vida afectiva y anímica, se consideran cuestiones delicadas y de difícil estimación. De ahí que algunos autores sostengan que el daño moral escapa a una adecuada indemnización y reparación. Lo cierto es que su valoración jurídica es realmente difícil. De conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, esta Sala hace uso de las *máximas de experiencia* y al respecto estima que la parte actora tuvo que haber vivido momentos angustiosos con la ocurrencia del siniestro, pues seguramente fue una experiencia de terror, en la que tanto él como los suyos pudieron haber perdido la vida. Este daño moral, por su naturaleza, no es susceptible de una comprobación directa y exacta, la cual resultaría inadecuada para medir estados anímicos”; *Vid. apud*. Ortiz-Álvarez (1997), Luis: *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual del Estado (1961-1997)*. Ed. Jurídica Venezolana. Caracas, pp. 412.

⁶⁰ Henao (1998), Juan Carlos: *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*. Universidad del Externado de Colombia. Bogotá, p. 87. Como se recordará, ya Benoit hacía la diferencia “el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación, el perjuicio lo constituye un conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima”; en Benoit (1957), Francis-Paul: *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d'imputabilité)*, en JCP, *apud idem*.

Algún sector de la doctrina ha clasificado los daños morales en: a) aquellos que afectan la parte social del patrimonio moral de la persona (se denominan también *daños a la vida relación*), esto es, atentados al honor o a la reputación, daño estético, etc.; y b) *daños morales que afectan exclusivamente la parte afectiva del patrimonio moral*, caracterizándose estos últimos por consistir únicamente en un estado de ánimo (aflicción, resentimiento, ansiedad, preocupación) o en dolores físicos (sufrimientos). Los daños de la vida en relación aunque no implican lesiones a la integridad personal de la víctima que afecten su capacidad de dedicarse al trabajo habitual, se reflejan en una pérdida al desmejorar la situación en que se encontraba el sujeto en la lucha por la vida.⁶¹

4.4 LOS DAÑOS MORALES CONTRACTUALES Y EXTRA CONTRACTUALES

Mucho se ha discutido si los daños morales sólo proceden bajo la modalidad de responsabilidad extracontractual o si, por el contrario, son igualmente tutelables en la responsabilidad contractual. La discusión se plantea porque la doctrina confunde la “contractualidad” con el *daño causado* cuando, en verdad, es un criterio de atribución de *responsabilidad*.

En efecto, lo “contractual” y lo “extracontractual” sirve para designar la *fuerza atributiva de responsabilidad*, si la obligación de reparar tiene su origen en el incumplimiento total o defectuoso de obligaciones contractuales se configura la “responsabilidad contractual”; si, en cambio, la responsabilidad se desprende de cualquier otra actuación no formalizada en un negocio jurídico entonces estamos en presencia de “responsabilidad extracontractual”. Ambos tipos de *responsabilidad* en nada tienen que ver con las lesiones. Si la lesión a bienes espirituales o morales deriva de lo preceptuado en un contrato o se produce con ocasión del incumplimiento de un contrato, entonces, *coexisten* tanto la *responsabilidad contractual* por las lesiones materiales como por las lesiones *espirituales* o *morales*. Es decir, la responsabilidad seguiría siendo *contractual* aun cuando la lesión sea inmaterial o espiritual.

Por otro lado, la responsabilidad *extracontractual* se produce porque la afrenta o la lesión se produce *sin la existencia de un vínculo previo entre el ofensor y la víctima*, y tales lesiones pueden ser de carácter material como morales o espirituales. En atención a esta importante diferencia puede afirmarse que la *responsabilidad contractual* puede ser de carácter *patrimo-*

⁶¹ Mélich Orsini(2001²), José: *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, p. 34.

nial o extrapatrimonial en atención a los bienes jurídicos lesionados; y la responsabilidad extracontractual puede ser, igualmente, de carácter material (patrimonial) o de naturaleza espiritual o moral porque, repetimos, la contractualidad sólo es un elemento *atributivo de responsabilidad* y, otra cosa diferente, es la naturaleza de la lesión padecida por la víctima. Sin embargo, en el trabajo de Mélich Orsini este autor afirma que “la jurisprudencia nacional en cuanto a la improcedencia de la resarcibilidad del daño moral en materia contractual, parece hoy firmemente establecida”;⁶² en apoyo cita algunas sentencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en particular:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil: *Sentencia de 25 de junio de 1981*: En cuanto a los daños morales se observa: en el Código Civil venezolano vigente, promulgado en 1942, se habla por primera vez de “daños morales” y lo es en su artículo 1.196 cuando dice que la reparación se extiende a “todo daño material o moral causado por el acto ilícito”. *Se aprecia que el establecimiento del “daño moral” lo fue en materia de hecho o acto ilícito, mientras que en las demás obligaciones se conservaron invariables los preceptos contenidos en los artículos 1.274 y 1.275, en especial este último conforme al cual el deudor que ha faltado a la obligación de cumplir sólo debe daños y perjuicios por la pérdida sufrida o la utilidad de que ha sido privado el acreedor y no se extiende sino a esas pérdidas o privación de utilidad que resulten consecuencia “inmediata y directa de la falta de cumplimiento”. (...)*

Las anteriores limitaciones son suficientes, sin duda alguna para excluir en lo contractual, el “daño moral”, porque respecto de éste se dan todas las limitaciones señaladas.

Dice la Sala que, siendo el daño moral un padecimiento, sufrimiento que afecta a la persona misma y que le causa una molestia, un dolor, una pena, un sinsabor, una angustia, esto es imposible de haber sido previsto o previsible, pues el daño “moral” por su subjetividad y variabilidad según la posición social, cultural, reacciones, modo de ser y carácter de la persona, es algo imponderable e imprevisible, pues se sale de lo normal, de lo corriente y de lo usual. No todo el mundo reacciona igual frente a los problemas; no todos son afectados por

⁶² Mélich Orsini(1936), José: *El resarcimiento del daño moral en materia laboral y la cuestión del cúmulo de la responsabilidad contractual y extracontractual*, en Chiossone, Tulio y otros(2001): *Indemnización de daños y perjuicios*. Fabretón editores. Caracas.

los avatares de la vida. Lo que a unos inquieta, a otros inmuta; lo que a unos causa angustia y zozobra, otros lo toman con naturalidad y flemma.

En fin “lo moral”, concluye la Sala, por ser de la esencia de lo más íntimo del ser humano, es algo imprevisible y que no tiene medida. Sobre la base de tales argumentaciones y como el daño moral no es una pérdida ni una utilidad dejada de ganar, y siendo que tampoco es “consecuencia directa e inmediata”, entonces sobre la base de los artículos 1.274 y 1.275 se concluye que no es procedente el daño moral en la responsabilidad contractual.⁶³ Comenta Mélich que con esta doctrina, nuestra Casación, se coloca en franca contraposición con la que hoy puede, en cambio, reputarse la doctrina consolidada en Francia, que no distingue a este respecto de la resarcibilidad del daño moral entre la responsabilidad contractual y extracontractual. El autor recuerda a Mezzeraud y Tunc quienes señalan que “si es posible hallar algunas antiguas decisiones que deciden lo contrario, hoy una jurisprudencia unánime admite la reparación del daño moral (en materia contractual)”.⁶⁴ En la edición más reciente de su trabajo sobre “hechos ilícitos”, el maestro Mélich señala:

La situación de nuestro Código es, sin embargo, comparable con la de los Códigos Civiles de Francia, España, Chile, Perú y con el italiano de

⁶³ Este criterio fue ratificado por la misma Corte en sentencia de 24 de marzo de 1983 “En sentencia de 25 de junio de 1981, esta Sala estableció la doctrina conforme a la cual, efectivamente, de acuerdo a nuestro régimen legal y por las razones que se exponen en dicho fallo, acogiendo las establecidas por la sentencia entonces impugnada con el recurso de casación, no hay daño moral a propósito de obligaciones contractuales, pues, el daño moral “está limitado a los actos o hechos ilícitos”. Si como dice la recurrida en alguna otra decisión de esta Corte, en forma incidental, podrá haberse establecido alguna afirmación con base a la cual el daño moral podría ser admisible en materia contractual, es concluyente que dada la forma explícita, categórica y definitiva en que se estableció la doctrina del fallo citado de 25 de junio de 1981, debe considerarse que aquella anterior doctrina, admitiendo que hubiese sido establecida, fue abandonada en las varias veces citada sentencia de 25 de junio de 1981”.

⁶⁴ Mazzeaud, H. y Tunc, L.: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, tomo I, no 344, apud Mélich Orsini(1936), José: *El resarcimiento del daño moral en materia laboral y la cuestión del cúmulo de la responsabilidad contractual y extracontractual*, en Chiossone, Tulio y otros(2001): *Indemnización de daños y perjuicios*. Fabreton editores. Caracas. Los autores franceses citan en apoyo que ciertas indemnizaciones han sido acordadas: en el caso de inejecución de una convención referente a una cosa que no tiene sino valor moral, tal un retrato de familia; en el caso de un israelita argelino que habiendo contraído matrimonio religioso rehusó posteriormente sancionar civilmente esta boda, causando un daño moral a su esposa; en el caso en que la inejecución de un contrato (celebrado por un carnicero con una asociación israelita obligándose a vender sólo carne “kosher”) ofende los sentimientos religiosos de la otra parte; en el caso donde la ruptura injustificada del contrato celebrado con un arquitecto afectó la reputación de este último; en el caso de un director de espectáculos que al no emplear sobre un afiche los caracteres convenidos para mencionar a una actriz, causó un perjuicio moral a esta última; en el caso donde la ruptura abusiva de un contrato por un obrero hizo sufrir al patrono “daño moral en su autoridad como patrono”; en el caso en que un marmolero encargado de la remodelación de un panteón funerario, lo hizo de forma tal que los padres quedaran impedidos de saber dónde estaba el cadáver de su hijo...”.

1865, en todos los cuales se habla únicamente de “daño” en la sección referente a la responsabilidad extracontractual, no obstante que en materia contractual existe en cada uno de ellos una disposición análoga a nuestro artículo 1.273 C.C. La doctrina y jurisprudencia de todos estos países ha admitido, sin embargo, que en materia extracontractual, al igual que en la contractual, la indemnización debe cubrir tanto el daño emergente como el lucro cesante.⁶⁵

En la jurisprudencia venezolana reciente, sin embargo, encontramos afirmaciones como las siguientes:

Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas: *Sentencia de 12 de marzo de 2001* (Enio López González vs Barreto, Arias y Asociados, y otras): Ha sido objeto de larga discusión en la doctrina acerca de si procede o no el daño moral en materia contractual, pues algunos opinan que el daño moral sólo es susceptible de producirse en materia de responsabilidad civil delictual, no así en materia de responsabilidad contractual. Se sostiene al respecto que siendo las relaciones contractuales de carácter patrimonial el daño moral no procede en materia contractual, pues dicho daño no puede ser previsto o previsible para el momento de la celebración del contrato, estando prohibida su indemnización por el artículo 1.274 del Código Civil, el cual establece ‘El deudor no queda obligado por los daños y perjuicio previsto o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo’. Debemos observar que cuando la ley expresa: ‘cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo’, debe entenderse a juicio de este sentenciador que si el incumplimiento proviene del dolo o fraude de uno de los contratantes que constituya un hecho ilícito, no cabe duda de que esta conducta, la cual va más allá del simple orden patrimonial, pueda ser objeto de responsabilidad más allá del hecho contractual en sí, y esa posibilidad abarca sin lugar a dudas el daño moral.

La doctrina moderna tiende aceptar el daño moral en materia contractual, y así lo ha sostenido la jurisprudencia del más alto Tri-

⁶⁵ Mélich Orsini(2001²), José: *La responsabilidad civil por hechos ilícitos*, pp. 40-41.

bunal de la República, pues, además del aspecto patrimonial que afecta el incumplimiento, también puede afectar el patrimonio moral de uno de los contratantes, y en este sentido es importante observar la disposición del artículo 1.196 del Código Civil, que dice: ‘La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito. El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima del caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de su secreto concerniente a la parte lesionada. El Juez puede igualmente conceder una indemnización a parientes, afines o cónyuges, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima’. En este sentido ha dicho la extinta Corte Suprema de Justicia: ‘La Corte juzga oportuno reiterar su criterio sobre la admisibilidad de la acumulación de responsabilidad contractual y aquiliana, contenida en diferentes fallos, entre ellos el de 05 de mayo de 1988, en cuya oportunidad proclamó lo siguiente: la presencia de una relación contractual entre las partes no impide que la ocurrencia de un hecho ilícito genere una indemnización derivada del mismo. Ese hecho ilícito puede bien nacer colateralmente de la aplicación abusiva de determinada cláusula, fuera de los límites impuesto por la buena fe contractual específica del caso, es decir, fuera de los términos previstos en el artículo 1.160 del Código Civil’ (Sentencia de la Sala Civil de fecha 13 de agosto de 1990).

A pesar de que la Sala acepta que la *doctrina moderna tiende aceptar el daño moral en materia contractual* “y así lo ha sostenido la jurisprudencia del más alto Tribunal de la República, pues, además del aspecto patrimonial que afecta el incumplimiento, también puede afectar el patrimonio moral de uno de los contratantes”, debe cuidarse de no confundir la procedencia de daños morales derivados de incumplimientos contractuales de la situación de “acumulación” de la responsabilidad contractual con las lesiones de tipo espiritual o moral.

La segunda se resuelve mediante la técnica de “acumulación procesal objetiva”, mientras que el primer aspecto es sobre lo cual se discute. A pesar de las citas la afirmación de la Sala en cuanto a la admisión o la procedencia de los daños morales derivadas de la responsabilidad contractual, la Sala de Casación Civil señaló otra cosa:

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil: Sentencia N° 90 de 13 de marzo de 2002 (Enio López González vs Barreto, Arias y Asociados, y otras, exp. AA20-C-2001-000468), bajo ponencia

del Magistrado Carlos Oberto Vélez: *El daño moral es considerado un daño no contractual, ya que se produce únicamente en el caso causado por el hecho ilícito.* En estos casos para la reposición del daño moral, la víctima tiene que probar el daño material causado para que pueda establecer la relación de causalidad entre el agente material del daño y la víctima. Por esta razón el daño moral está exento de prueba. En el derecho patrio el Código Civil contempla igualmente una disposición que es el artículo 1.274 que dice: “El deudor no queda obligado sino por los daños y perjuicios previstos o que han podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo.

Por esta disposición legal el deudor, no queda obligado a satisfacer sino los daños y perjuicios causados al tiempo de la celebración del contrato, por lo cual el concepto del daño moral derivado del incumplimiento de un contrato, quedan afuera a no ser que sea proveniente del dolo del agente material del daño. Este es y ha sido el concepto imperante en la doctrina venezolana.

El criterio, de vieja data además,⁶⁶ no ha sido, afortunadamente, pacífico; la Sala de Casación Social mantiene una posición diferente:

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social: Sentencia N° 509 de 08 de octubre de 2002 (Alexis Josce Rico vs Estación de Servicios Lago Expresa La Araucana, exp. R.C. N° AA60-S-2002-000272), bajo ponencia del Magistrado Omar Mora Díaz: Esta Sala no puede pasar por alto su disenso con el sentenciador de la Recurrida, en relación con lo afirmado por éste de que: **“Es pacífica y reiterada la jurisprudencia en el sentido que no es procedente la indemnización por daño moral, cuando entre las partes media la existencia de una**

⁶⁶ La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de 28 de octubre de 1987, en el juicio Enerven, bajo la ponencia de la Magistrado Cecilia Sosa, señaló: “esta Corte observa que ha sido criterio constante y reiterado de la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal que no hay daño moral a propósito de obligaciones contractuales, toda vez que de conformidad con nuestro régimen legal el daño moral está limitado a los actos o hechos ilícitos (Sentencia de fecha 25 de junio de 1981). En este orden de ideas, ha sido determinante la jurisprudencia al establecer que no debe admitirse la reparación del daño moral cuando éste demanda sobre la base de un incumplimiento contractual. No así ha sucedido respecto del daño moral proveniente de un hecho ilícito, posibilidad que ha sido admitida incluso existiendo una relación contractual entre el agente del daño y la víctima”, apud. Ortiz-Álvarez (1997), Luis: *Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual del Estado (1961-1997)*. Ed. Jurídica Venezolana. Caracas, pp. 395.

relación contractual”, al respecto, se debe advertir que tal aseveración no es cónsona con el criterio jurisprudencial de esta Sala de Casación Social, puesto que en materia de Derecho del Trabajo, concretamente cuando existe una relación contractual laboral, sí es posible la indemnización por daño moral, tal y como se ha reflejado en distintos fallos de esta Sala, porque si se dan los extremos legales que ella requiere, la misma es procedente conforme al derecho común, ya que la legislación especial no prevé tal cuestión. (Las negrillas y el subrayado son de la Sala).

Por otro lado, la Sala Político Administrativa, sostiene igual que la Casación Social la procedencia del daño moral aun en los supuestos de incumplimientos contractuales, separándose así de la Casación Civil. Así parece colegirse de la sentencia 1005/2002:

Tribunal Supremo de Justicia. Sala Politicoadministrativa: *Sentencia N° 1005 de 30 de julio de 2002* (Carlos León Rondón y otros vs Electricidad de Los Andes, CADELA, Exp. 1999-16286), con ponencia del Magistrado Levis Ignacio Zerpa: Para finalizar, respecto del ámbito que abarca la responsabilidad del Estado, es terminante la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela al disponer que son resarcibles patrimonialmente los daños que sufran los particulares por el funcionamiento de la Administración, en cualquiera de sus bienes y derechos, lo cual implica que el daño moral es igualmente indemnizable, si éste tiene origen en una actividad imputable a la Administración. Así se declara.

Nos resulta evidente que si se trata de *cualquier lesión* que se cause a consecuencia del “funcionamiento de la Administración”, no tiene por qué restringirse a las actuaciones materiales sino también a las formalizadas, tanto en actos administrativos como en los contratos. Como dice Mélich Orsini “si el objetivo de la reparación es colocar a la víctima en una situación equivalente a aquella en que se encontraba antes del acaecimiento del daño, es lógico que ella debe comprender no sólo la restitución de los valores patrimoniales que ya habían ingresado en el patrimonio de la víctima en el momento de cumplirse el acto ilícito, sino también de aquellos que, aunque todavía no ingresados, puede pronosticarse con certeza que habrían entrado a engrosar el patrimonio de la víctima si el acto ilícito no hubiera venido a impedirlo”.⁶⁷

⁶⁷ *Idem*, p. 41.

En el Derecho comparado, como hemos visto, se ha ampliado el tema de la responsabilidad por daño moral para insertarlo y admitirlo con independencia de si se trata de un “hecho ilícito” o un incumplimiento contractual; hasta la legislación alemana que mantenía una cláusula de reserva general para la procedencia del daño moral (para lo cual exigía la previsión expresa de la ley), ha dado un cambio importante en los últimos años. En la reforma del BGB de 2000, se hizo una extensión de la indemnización del daño moral o no patrimonial a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad objetiva o por riesgo. Desaparecía así la fuerte limitación en el derecho civil alemán, aun cuando se mantiene todavía el principio de especialidad en el § 253 BGB, de tal forma que es necesaria una disposición que expresamente prevea la indemnización de los daños no patrimoniales. Hasta la nueva ley de reforma, sólo el § 847 BGB preveía la indemnización de los daños morales en la responsabilidad extracontractual por culpa o negligencia.⁶⁸

La jurisprudencia argentina no ha reparado en admitir la derivación de daños morales a partir de un incumplimiento contractual, se señala que “la noción de daño moral está íntimamente relacionada con el concepto de desmedro extrapatrimonial o lesión en los sentimientos personales, en las afecciones legítimas o en la tranquilidad anímica, que son equiparables a las simples molestias, dificultades, inquietudes o perturbaciones que pueden llegar a producir un incumplimiento contractual”, y ello es así porque las vicisitudes o contrariedad son propias de cualquier contingencia contractual. Cualquier incumplimiento sería viable para producir un daño moral resarcible. Textualmente se indica:

Resulta necesario probar en forma concreta la existencia del daño moral de origen contractual por parte de quien lo reclama, lo que se encuentra claramente justificado en razón de los incumplimientos que provocan este tipo de responsabilidad afectan intereses privados, estableciéndose de esta forma una notoria diferencia con los casos de responsabilidad extracontractual que dan fundamento a la diversidad de los respectivos regímenes.

Ante un contrato de locación de obra para construir una vivienda de características modestas, el incumplimiento contractual injustificado de la empresa constructora, sumado a la necesidad del actor –que

⁶⁸ Lamarca i Marquès, Albert y Ramos González, Sonia: *Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños*. Universitat Pompeu Fabra. Barcelona, julio 2002. www.indret.com.

carecía de medios económicos— de recurrir a un tercero para la terminación de aquélla, cabe considerar que produjo a aquél perturbaciones asimilables a una lesión en sus sentimientos personales, por lo que corresponde resarcir el daño moral reclamado.⁶⁹

5. EL DAÑO MORAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS

Nos queda decir algunas pocas cosas sobre el daño moral en las personas jurídicas porque, tradicionalmente, en nuestra doctrina y jurisprudencia se ha negado “de plano” la posibilidad de acordar *indemnizaciones por daño moral* cuando se trata de estas ficciones legales. El argumento, de suficiente peso como para que haya tenido tradición, está en que estas personas al carecer de *corporeidad* y *sustantividad* entonces, de igual modo, *carecen de sentimientos* o de *afectos espirituales* que son, precisamente, los bienes y valores que se tutelan con los daños morales.

Autores como Gómez Pomar y Ruiz García indican que “una regla de buen sentido en materia de daños morales es, sin duda, la de que *las personas jurídicas constituidas con ánimo de lucro y cuyo objeto es llevar a cabo una actividad económica no pueden sufrir daños morales* —en realidad, tampoco las que carecen de ese ánimo, pero justificarlo aquí excede del objeto de esta página. Las empresas mercantiles no tienen funciones de utilidad, sino exclusivamente funciones de beneficios, y en ellas no entra aquello que no es reemplazable por dinero”.⁷⁰

La doctrina colombiana más relevante (Hinestrosa, Tamayo Jaramillo y Henao) ha coincidido en que la persona jurídica “no es susceptible de recibir daño moral puro, sino exclusivamente material”;⁷¹ y que “si los perjuicios morales subjetivos consisten en un dolor físico o síquico, no hay lugar entonces a indemnización por este concepto a favor de personas jurídicas”;⁷² y

⁶⁹ Vid. CNCom., Sala C, 6/7/1994, en el caso *Girgenti, Carlos vs Empresa Constructora Constantino, S.R.L.*, en Rev. L.L., del 11/9/95, apud. Ghersi (1999), Carlos A. y otros: *Derecho y reparación de daños. Tendencia jurisprudencial anotada y sistematizada*. Ed. Universidad. Buenos Aires, pp. 31-32.

⁷⁰ Gómez Pomar, Fernando y Ruiz García, Juan Antonio (2002): *La noción de daño puramente económico: Una visión crítica desde el análisis económico del Derecho*. Facultad de Derecho Pompeu Fabra. Barcelona, octubre de 2002. www.indret.com.

⁷¹ Hinestrosa (1967), Fernando: *Derecho de obligaciones*. Ed. Temis. Bogotá, p. 532.

⁷² Tamayo Jaramillo (1986), Javier: *De la responsabilidad civil*. Ed. Temis. Bogotá, tomo II, p. 137.

en fin “una persona jurídica no puede recibir ni daño moral ni daño inmaterial en general” porque “las únicas personas que sufren anonadamiento, congoja, tristeza, etc., son las personas naturales, con exclusión de las jurídicas”.⁷³

Hasta no hace mucho, en Venezuela, se negaba toda posibilidad de daño moral con respecto de las personas jurídicas hasta que, poco a poco, el estudio sobre el honor y la reputación se fue haciendo campo propio⁷⁴ y se le ha ido reconociendo –también– a las personas jurídicas un conjunto de *intereses* que exceden del campo meramente económico. Verbigracia los aspectos relativos al honor y la reputación de las personas jurídicas. Sobre el tema del honor y la reputación, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, bajo nuestra ponencia, ofreció algunos criterios para realizar su diferenciación. En tal sentido señaló:

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo: *Sentencia N° 286 de 24 de abril de 2000* (Pedro Lava vs Consejo Nacional Electoral, Exp. 00-22862): En lo que se refiere a la presunta violación del artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esto es, en lo atinente a la protección de su honor y reputación, es necesario destacar un aspecto importante en cuanto a lo delicado de la imputación de este tipo de violaciones, dado que las mismas traspasan los límites de lo objetivo, en efecto el honor y la reputación son conceptos que han sido definidos por la Real Academia Española como: “sentimiento de nuestra dignidad moral” el primero y el segundo como “fama, nombre: tener buena, o mala, reputación una persona”; en tal sentido, como puede observarse éstos son derechos que si bien es cierto, nuestra Carta Magna consagra, los cuales deben ser protegidos, también lo es el hecho de que para que esta denuncia proceda es necesario contar con elementos probatorios suficientes para que los mismos sean denotados de la simple lectura y revisión de las actas que conforman el expediente contentivo de la pretensión de amparo constitucional; asimismo, y

⁷³ Henao(1998), Juan Carlos: *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, pp. 249 y ss.

⁷⁴ Un estudio concreto sobre el honor y la reputación en su evolución legislativa y el tratamiento jurisprudencial puede verse en Ortiz-Ortiz(1992), Rafael: *La vida privada, el honor y la reputación. Criterios jurídicos para su definición y alcance*. Ed. Greco. Caracas.

tal como lo señala el ente querellado y el Ministerio Público, el querellante no aportó ni siquiera los hechos de los cuales él pretende hacer valer que se le transgredieron su derecho al honor y reputación, por tanto, una vez verificado el expediente, esta Corte puede constatar que, del mismo no se puede llegar a una conclusión que conlleve a establecer que se han violentado los derechos denunciados como conculcados por el querellante.

No hay duda que el honor y la reputación constituyen pilares fundamentales de la dignidad humana y del desarrollo de la personalidad humana, y se trata de un bien jurídico que las legislaciones tienden a proteger. Con razón se ha señalado que el honor, como atributo de la personalidad, tiene una historia tan larga como la del hombre mismo, y que se bifurca en dos sentidos:

1.- El honor externo u objetivo: el cual es la opinión que, los demás integrantes de la sociedad, tienen de una persona determinada; la buena fama a que se ha granjeado mediante el exacto cumplimiento de los deberes sociales, morales, jurídicos y políticos que impone la vida social. Este honor externo u objetivo es propio de toda persona –natural o jurídica– que pretenda desarrollarse en sociedad y, sin duda, constituye uno de los baluartes o atributos de la personalidad; esta noción de honor bien puede identificarse con la “reputación” de la cual gozan las personas naturales, y la “fama” indispensable para las personas jurídicas para su cabal desenvolvimiento;

2.- El honor interno o subjetivo: que se refiere a la opinión y estima que cada persona tiene de sí misma, es su propio concepto y su propia conciencia del valer. En términos kantianos se trata de la propia consideración como “fines-en-sí-mismo” y nunca como medios o instrumentos del capricho de los demás. De allí su carácter subjetivo y relativo a cada persona, y tal vez por ello propio exclusivamente de las personas naturales aunque no de las personas jurídicas, aun cuando la afectación a este tipo de honor alcance a sus integrantes.

En ambos casos se requiere que el hecho constitutivo de lesión al bien jurídico del honor y reputación pueda ser “apreciado” objetivamente, esto no es, no basta con la sola afirmación de

que se ha sufrido un daño, es necesario demostrar objetivamente que se ha infligido una lesión de tal naturaleza que, inexorable o causalmente, ello rebosa la esfera de tranquilidad y sosiego al cual se tiene derecho.

En otra decisión la misma Corte inquiriere sobre la posibilidad de reconocer la protección al honor o reputación de las personas jurídicas; para ilustrar la problemática argumenta:

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo: Sentencia N° 746 de 20 de junio de 2000 (*Industrias Malfot vs SARPI*, Exp. 00-22896): Por otra parte, se ha discutido en la doctrina nacional y extranjera si las personas jurídicas son titulares del derecho al honor y a la reputación, bajo la consideración que el “honor interno o subjetivo” constituye la conciencia individual o personal de su propio valer, es decir, la consideración propia de ‘fin-en-sí-mismo’ en la filosofía crítica de Emmanuel Kant en su libro *Metafísica de las Costumbres*; y ciertamente, en tanto que las personas jurídicas son entes de razón de carácter irreal e incorpóreo que ha llevado a cierto sector de la Doctrina a afirmar que se trata de una ‘ficción’ para cumplir los fines de la persona humana, y como consecuencia no tienen, en realidad, ‘conciencia de su propio valer’ y, por consiguiente, no pueden tener ‘honor interno o subjetivo’.

Sin embargo, un asunto distinto ocurre con el ‘honor externo u objetivo’ pues en este caso se trata de la ‘conciencia de los demás del propio valer de una persona’, por ello se ha conectado este honor con la ‘reputación’. La reputación entonces es la creencia y la conciencia que existe en los demás sobre el cumplimiento de nuestros deberes individuales o colectivos que nos hacen digno de estima y aprecio. En este caso, es perfectamente posible imputar a las personas jurídicas este tipo de honor, puesto que las empresas viven y se desarrollan en virtud de la ‘confianza’ y la consideración que tienen los demás de la ‘seriedad’ y ‘responsabilidad’ de las mismas. De hecho, las empresas dedicadas al comercio tienen, en su reputación llamada también ‘fama’, un elemento extrapatrimonial pero con decididos efectos patrimoniales que implican la presencia de una empresa en el mercado.

De igual modo, la Sala de Casación Civil ha señalado que puede existir “daño” en la esfera no patrimonial de las personas jurídicas:

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Civil: Sentencia N° 363 de 16 de noviembre de 2001 (Cedel Mercado de Capitales vs Microsoft Corporation, Exp. N° 00-132), bajo ponencia del Magistrado Franklin Arrieché: Igualmente, con base en que en el periódico *Economía Hoy*, apareció una reseña que, al decir de la parte actora le ocasionó daño moral, se demandó la indemnización correspondiente.

A este respecto, observa la Sala que la demandante es una persona jurídica cuyo objeto lo constituye la participación en el mercado de capitales, en donde, como *es fácil de entender, priva la volatilidad debido a que tiene como materia prima lo intangible, desde luego que los inversionistas colocan su dinero sobre la base de la buena fe y el prestigio del asesor o intermediario y*, por supuesto, cualquier nota en una publicación especializada en donde se atribuya a una persona alguna conducta, por lo menos sospechosa de ilegalidad, sobre todo en un mercado como el venezolano que recién sale de la más grave crisis económica y financiera de su historia, necesariamente tendrá una negativa onda expansiva entendible sin mayor esfuerzo.

Resulta, pues, incontrovertible que las personas jurídicas pueden padecer serios perjuicios en su esfera de bienes inmateriales, como la fama o reputación y la buena imagen de tales personas y, como consecuencia, pueden invocar a su favor el artículo 1.196 del Código Civil para determinar la indemnización respectiva. Esta es la razón por la cual no se puede restringir el concepto de daño moral a los sufrimientos, dolores de sentimiento, afecciones espirituales, intimidad personal o familiar; debe pensarse, más bien, en todos *los bienes o valores jurídicos* de carácter “inmaterial” de los cuales una persona, natural o jurídica, puede disponer. Ello encuentra un refuerzo argumentativo si pensamos que el *derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad* tiene también aplicación a la *personalidad jurídica*, es decir, a la cualidad o condición de “personas” con que se dota a estos entes incorpóreos.⁷⁵ El Tribunal Superior

⁷⁵ Vid. Ortiz-Ortiz(1996), Rafael: *La dignidad humana y el desarrollo de la personalidad como premisa axiológica del constitucionalismo contemporáneo*. IX Premio Anual de la Procuraduría General de la República. Caracas. También en nuestro trabajo *La vida privada, el honor y la reputación. Criterios jurídicos para su definición y alcance*. Ed. Greco. Caracas, 1992.

de Costa Rica, sustentándose en una sentencia de la Sala Constitucional, ha sido suficientemente explícito en este sentido:

Corte Suprema de Costa Rica. Sala Tercera: *Sentencia de 24 de mayo de 1996* (Exp. 255-F de las 8,45, 1996): En primer lugar, el tribunal con prueba legal y eficaz, tuvo por demostrados los temas que extraña el impugnante, sin que sean atendibles al respecto las manifestaciones contenidas en su alegato, mediante las que critica el valor fijado por el *a quo* al material probatorio. Por otra parte y en segundo lugar, en cuanto a la concesión del daño moral a favor de la empresa ofendida, tampoco resulta pertinente el motivo. En efecto, conforme se aprecia del contenido de interposición de la demanda, el actor civil gestionó a su favor —en lo pertinente— la condenatoria en cuanto a los daños ocasionados, lo que comprende la reparación de los daños material y moral; además, no obstante esa petición, también solicitó expresamente el pago de los daños morales: “en la buena fama y seriedad de la empresa” [...], aspectos que reiteraré al emitir conclusiones en la audiencia oral. Cabe agregar, que para fijar la indemnización por daño moral, el tribunal de mérito señaló expresamente los aspectos que tomó en consideración.

Sobre este mismo plano y a mayor abundamiento, la Sala Constitucional mediante voto número 1.026-94 de las diez horas cincuenta y cuatro minutos del 18 de febrero de 1994, señaló —entre otros aspectos— que: “...el honor objetivo, o prestigio o reputación es tutelable a las personas jurídicas como valor fundamental, como bienpreciado. Esto es así, puesto que el valor del honor es íntimo de la persona física como autopercepción, más la reputación como percepción exterior de la persona resulta un bien muypreciado para dichos grupos como elemento de cohesión y proyección. De esta forma, en cuanto al derecho a la reputación como derecho fundamental consistente en la percepción exterior de los demás hacia una persona es tutelable a una persona jurídica”.

Conforme lo expuesto, la indemnización en concepto de daño moral resultaba pertinente al tutelarse el honor objetivo.

Concluimos con De Cupis quien sostiene que “el sujeto pasivo del daño privado puede ser también la persona jurídica. Esto se produce cuando se compromete el beneficio que ella —independientemente por supuesto de un

sentimiento de bienestar– puede experimentar en alguno de aquellos bienes no patrimoniales de los que ostenta la titularidad. Así, una sociedad mercantil, una institución de beneficencia, etcétera, puede alcanzar un daño no patrimonial, valga decir, a título de ejemplo, con una campaña difamatoria, por la violación del secreto de correspondencia, etc.”.⁷⁶

⁷⁶ De Cupis (1970²), Adriano: *El daño. Teoría general de la responsabilidad* (trad. it. Martín Martínez S.). Ed. Bosch. Barcelona, p. 124; Cfr: algunas críticas a esta afirmación en Henao(1998), Juan Carlos: *El daño. Análisis comparativo...*, p. 248. En otra sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso, en la cual se declaró por primera vez en el país una protección de *habeas data*, se dijo: “Los derechos al honor, la reputación y al buen nombre, como derechos fundamentales de las personas, tanto naturales como jurídicas, que son titulares de los mismos, en virtud de su contenido ético y moral, y por su connotación axiológica, independientemente de su positivización en el ordenamiento jurídico, requieren de una protección reforzada o privilegiada, pues son derechos necesariamente vinculados con el desarrollo de los entes que interactúan y conforman la sociedad, y que pueden ser más importantes, incluso que el derecho a la vida misma, ya que la vida es un derecho de todo ser vivo, pero el honor, la reputación, el buen nombre y los derechos similares son exclusivos y esenciales de quienes se desenvuelven en sociedad, en vista de la importancia de tales derechos en el desarrollo de toda persona, tanto desde la perspectiva individual y propia que la misma tiene de sí, como la forma en la que los demás lo perciben y valoran, constituyendo garantías esenciales en la vida social. En este orden de ideas, el Tribunal Supremo Español en sentencias del 05/04/1973 y del 7/12/1984 estableció que: “Reconducir el honor sólo a la protección de las expectativas que surgen del reconocimiento de la persona es poco satisfactorio, pues no se comprendería sus posibilidades de realización. Es decir, que hay que comprender en él tanto el aspecto estático (dignidad) como uno dinámico (desarrollo) en relación al sujeto, como presupuesto del honor. Esto nos lleva a considerar el honor como un concepto eminentemente participativo, que surge en cuanto los sujetos tienen capacidad para actuar en sociedad... Todo sujeto en sociedad ha de tener garantizada su posición de actor dentro de la relación social, ésta no debe ser afectada, de modo que se obstaculice o impida su desarrollo participativo (...)”. Un análisis de esta sentencia y la correspondiente de la Sala Constitucional puede verse en Ortiz-Ortiz(2001), Rafael: *Habeas data. Derecho fundamental y garantía de protección de los derechos de la personalidad*. Ed. Frónesis. Caracas.

El nombre y la protección de la identidad de las personas. Cuestiones de derecho internacional público y privado

Mario J. A. OYARZÁBAL *

SUMARIO:

- 1. El derecho humano al nombre y su protección internacional.**
- 2. La cooperación internacional en cuestiones de estado civil relativas al nombre.**
- 3. La competencia internacional de las autoridades argentinas.**
- 4. El derecho aplicable a la determinación del nombre:** *4.1 Distinción entre la cuestión de estado civil y el problema de derecho administrativo. 4.2 Cambio de nombre. 4.3 Reenvío. 4.4 Orden público. 4.5 La lex fori como refugio. 4.6 Conflicto móvil.*
- 5. El derecho aplicable al sobrenombre, al seudónimo y a otros accesorios del nombre.**

* **Universidad Nacional de La Plata y de la Universidad Argentina de la Empresa,** Profesor de Derecho Internacional Privado. Miembro del Cuerpo Permanente del Servicio Exterior de la Nación. Cónsul Adjunto de la República Argentina en Nueva York.

6. **El reconocimiento de decisiones extranjeras relativas al nombre de las personas.**
7. **La protección jurídica del nombre.**
8. **El nombre en el derecho comunitario.**
9. **La incidencia de la autonomía de la voluntad sobre el nombre.**

1. EL DERECHO HUMANO AL NOMBRE Y SU PROTECCIÓN INTERNACIONAL

El derecho al nombre se encuentra tutelado expresamente por varios instrumentos internacionales de derechos humanos, así como por derivación de otros derechos fundamentales, como son el derecho al honor y a la dignidad, a la intimidad personal y familiar, y a la reputación.

El reconocimiento del derecho del niño a un nombre desde que nace y a ser registrado inmediatamente después del nacimiento ha sido recogido por la *Declaración de derechos del niño* de 1959, artículo 3 (proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 1386 (XIV) de 20/11/1959); el *Pacto internacional de los derechos civiles y políticos* de 1966, artículo 24.2 (aprobado por ley 23.313; BO, 13/5/1986); la *Convención americana de derechos humanos* de 1969, artículo 18 (aprobada por ley 23.054; BO, 27/3/1984); la *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda en el plano nacional e internacional* de 1987, artículo 8 (adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 41/85 de 3/12/1986); y la *Convención de los derechos del niño* de 1989, artículos 7 y 8 (aprobada por ley 23.849; BO, 22/10/1990). En general tutelándose conjuntamente con la nacionalidad y las relaciones familiares, como elementos todos que determinan la identidad de una persona. Todas estas convenciones exigen que el nombre sea atribuido de conformidad con la legislación del país al cual se siente perteneciente el individuo.

La Convención sobre los derechos del niño ha reconocido además el derecho del niño a “preservar” su identidad, incluido el nombre (artículo 8). Innovación que adquiere especial importancia en los supuestos de adopción, en la medida en que el menor puede ver alterado un aspecto de su personalidad como consecuencia de un cambio en su situación jurídico-familiar.¹ Este de-

¹ Lara Aguado, Ángeles, *El nombre en derecho internacional privado*, Comares, Granada, 1998, pp. 49-52. Contiene una extensa bibliografía.

recho nuevo fue incorporado a instancias de la delegación argentina que buscaba sensibilizar a los gobiernos para adoptar medidas que previnieran desapariciones de niños como las experimentadas por nuestro país durante la última dictadura militar.² No obstante, la regla de la estabilidad del nombre cede ante la legislación de un Estado parte o el derecho internacional vigente cuando la modificación del nombre del menor derivada de la adopción conduzca a la mejor realización de los derechos del niño (artículo 41).

Por su parte, la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979 (aprobada por ley 23.179; BO, 3/6/1985) obliga a los Estados a reconocer a la mujer casada el mismo derecho que al hombre a elegir el apellido (artículo 16 inc. g) Tanto el propio como el de los hijos. De ahí que, según una interpretación, no permitir a la mujer que transmita su apellido a su prole, y aun imponer a los hijos el apellido paterno en primer lugar, como ocurre en nuestro país (artículo 4, ley 18.248), constituiría una violación de la Convención que no puede justificarse por la existencia de una larga tradición histórica de atribución de apellidos, según esta regla, ni se subsana por la posibilidad de que el hijo altere su orden una vez alcanzada la mayoría de edad. Sólo una legislación –se ha dicho– que permitiera a los progenitores optar por cualquiera o por ambos apellidos, así como su orden, y que a falta de opción estableciera un criterio legal no discriminatorio contra la mujer como el alfabético, sería compatible con los preceptos de la Convención.³

Varios de los instrumentos internacionales citados han adquirido en nuestro país jerarquía constitucional como consecuencia de la reforma de 1994 (artículo 75 inc. 22, Constitución Nacional). Y cada norma que declara un derecho o una libertad debe reputarse operativa en el sentido de que deroga en forma automática cualquier norma interna o convencional que se le oponga.⁴ Al tiempo que excluyen la posibilidad de aplicar el derecho extranjero en el aspecto que tutelan. Podría caracterizárselas como normas de policía del derecho internacional privado argentino de fuente internacional, y aun constitucional, en cuanto están contenidas en un tratado con tal jerarquía. El no cumplimiento por parte de las autoridades estatales de la obligación de respetar y garantizar el dere-

² Cerdá, Sergio, *The Draft Convention on the Rights of the Child: New Rights*, *Human Rights Quarterly*, Vol. 12, 1990, p. 116.

³ Lara Aguado, Ángeles, *Ob. Cit.*, pp. 54-7.

⁴ Bidart Campos, Germán J., *Manual de la Constitución reformada*, Ediar, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 509.

cho humano al nombre, puede habilitar, una vez agotados los recursos internos, instancias supranacionales de protección.⁵

2. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN CUESTIONES DE ESTADO CIVIL RELATIVAS AL NOMBRE

En Europa, bajo la égida de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) se han elaborado una serie de convenios internacionales que se refieren a aspectos de derecho internacional privado del nombre. Entre los que abordan cuestiones substanciales se encuentran el *Convenio sobre cambio de nombre y apellido* hecho en Estambul el 4 de septiembre de 1958 y el *Convenio sobre ley aplicable al nombre y apellido de las personas* firmado en Munich el 5 de septiembre de 1980. El Convenio de Munich se aplica a todas las personas físicas, con independencia de su nacionalidad o domicilio, y es de aplicación *erga omnes*. Es decir, que la ley indicada como aplicable por el Convenio –que es la ley del Estado del cual la persona es nacional– se aplica incluso aunque se trate de la ley de un Estado no contratante. Según el Convenio de Estambul, los Estados se comprometen a no conceder ningún cambio de nombre o apellido a nacionales de otros Estados. Las resoluciones dictadas en el Estado competente tienen fuerza ejecutoria plena en el territorio de los otros Estados contratantes. Salvo que afecten a personas que son igualmente nacionales del Estado donde pretenden surtir efectos, en cuyo caso la eficacia del cambio de nombre puede subordinarse a condiciones especiales de publicidad o a un derecho a la oposición de terceros. Otros instrumentos se refieren a aspectos técnicos como el *Convenio relativo a la indicación de los nombres y apellidos en las actas de estado civil* hecho en Berna el 13 de septiembre de 1973 y, con carácter complementario, el *Convenio sobre resoluciones rectificativas de las actas de estado civil y del Convenio de Estambul de 4 de septiembre de 1958 relativo al intercambio internacional de informaciones de estado civil*, firmado en París el 10 de septiembre de 1954. El 8 de septiembre de 1982 se firmó en La Haya el *Convenio relativo a la expedición de certificados de diversidad de apellidos*, por él se crea un documento internacional llamado “certificado de diversidad de apellidos” que permite individualizar a las personas que, como consecuencia de las divergencias de las legislaciones nacionales aplicables, poseen más de un apellido. Este Convenio tiene carácter *inter partes*.

⁵ Sobre el impacto de los derechos humanos en el ejercicio de la jurisdicción, ver Hernández-Breton, Eugenio, *Problemas contemporáneos del derecho procesal civil internacional venezolano*, Sherwood, Caracas, 2004, pp. 29-30.

Aunque en general se trata de convenios de relativa importancia, atento el muy reducido número de países ratificantes, no por ello están desprovistos de todo interés. El Convenio de Munich es bastante innovador, en particular en cuanto establece una norma de conflicto autónoma para la determinación de nombres y apellidos que no dependen de la filiación, los efectos de la adopción o del matrimonio. Los convenios de Estambul y La Haya, aunque no logran progresar hacia la unificación de las normas de derecho material de los Estados miembros de la CIEC, evidencian la voluntad de organizar una coexistencia práctica de las legislaciones (armonización). El Convenio de Estambul se asemeja bastante a un tratado por el que se establecen normas uniformes de jurisdicción internacional.⁶

3. LA COMPETENCIA INTERNACIONAL DE LAS AUTORIDADES ARGENTINAS

La inscripción del nombre de una persona en el Registro Civil argentino es generalmente consecuencia de la inscripción del nacimiento, en cuyo caso la competencia de las autoridades argentinas viene dada, en primer lugar, por el nacimiento del individuo en territorio nacional (artículo 27 inc. 1 y artículo 32 inc. 1, decreto-ley 8.204/1963 de registro del estado civil y capacidad de las personas y sus modificatorias). Salvo que se trate de un argentino nacido en el exterior hijo de funcionario argentino (artículo 91, ley 20.951 del Servicio Exterior de la Nación), argentino por opción menor de 18 años al momento de ejercer la opción (dec. 231/1995), o mayor de 18 años que otorga poder a favor de la Cancillería para que lo represente ante la justicia federal (cap. XV punto 2 párr. 3°, Normas de Aplicación del Reglamento Consular, resolución ministerial 154/1964), que debe ser inscrito con carácter previo en el Libro de Registro del Estado Civil de las Personas del consulado argentino con competencia en el lugar del nacimiento de la persona; inscripción que se realiza transcribiendo textual e íntegramente el testimonio de nacimiento expedido por el Registro Civil del lugar (cap. XIV punto 1°, Normas de Aplicación, mod. por res. 1518/2002).

La competencia de los jueces argentinos para autorizar cambios de nombres por vía principal, viene dada por el domicilio de la persona en jurisdicción argentina. Aunque no está claro si la norma de jurisdicción internacional resulta de la aplicación al caso del derecho argentino en virtud del artículo 6 del Código Civil (*forum causae*), o de la regla de reparto de la competencia interna del artículo 16 de la ley 18.248 de Nombre de las personas (B.O., 24/6/

⁶ Ver Massip, Jacques, Hondius, Frits y Nast, Chantal, *Comisión Internacional de l'Etat Civil (CIEC)*, versión francesa editada por la Secretaría General de la CIEC del estudio aparecido en enero de 1999 en inglés en la *Encyclopédie des Organisations Intergouvernementales* (Kluwer Law Internacional, The Hague-London-Boston), Strasbourg, marzo de 2000, pp. 23 y 26.

1969). En este último caso, la jurisdicción argentina también se habilitará cuando el cambio, adición o supresión de un nombre o apellido se refiera a una inscripción de nacimiento argentina. Lo que a su vez conduce a admitir el foro de la nacionalidad argentina del interesado. Aquí la competencia de las autoridades argentinas concurrirá con la de las autoridades del país del domicilio extranjero del argentino. Pero si la persona está domiciliada en la Argentina, la jurisdicción de nuestros tribunales es exclusiva, sin que quepa reconocer decisiones extranjeras del país de la nacionalidad del individuo con fundamento en la bilateralización de la regla de competencia del artículo 16, ni ninguna otra que la invada. De ahí que, a mi juicio, los jueces argentinos deberían abstenerse de asumir jurisdicción cuando la persona no está domiciliada en nuestro país, basada exclusivamente en la nacionalidad argentina del interesado o en el foro del registro, salvo cuando ese cambio de nombre sea admitido en el país del domicilio del individuo, con miras a evitar que la persona posea nombres diferentes en los dos países.

Si la modificación del nombre es consecuencia de un cambio en el estado civil de la persona, derivada de una adopción, reconocimiento, matrimonio o divorcio, adquisición de otra nacionalidad, cambio de sexo, etc., son competentes las autoridades judiciales o administrativas argentinas con facultades para autorizar la modificación del estado civil. Ya que es lógico que siendo competentes para pronunciarse sobre los hechos jurídicos que afectan al nombre, lo sean también para autorizar los cambios de nombre que de ellos se derivan.⁷ Sin embargo, la persona podrá solicitar también el cambio de nombre ante las autoridades argentinas si está domiciliada en el país.

Por último, resulta lógico que la competencia para rectificar errores u omisiones de partidas recaiga con carácter exclusivo en las autoridades del Estado al cual pertenece el registro civil correspondiente, no debiendo confundirse este supuesto con el cambio de nombre.

4. EL DERECHO APLICABLE A LA DETERMINACIÓN DEL NOMBRE

4.1 *DISTINCIÓN ENTRE LA CUESTIÓN DE ESTADO CIVIL Y EL PROBLEMA DE DERECHO ADMINISTRATIVO*

Como atributo de la personalidad, el nombre se relaciona con la ley personal –nacional o domiciliaria– del interesado. Solución generalmente acep-

⁷ Lara Aguado, Ángeles, *Ob. Cit.*, pp. 127-30.

tada por la doctrina y las legislaciones comparadas. Pero además el nombre es una institución de policía que torna aplicable la ley del registro (*lex auctoritas*). Territorialidad que se justifica por razones puramente técnicas o de policía y seguridad, pero que también se utiliza para proyectar en el régimen del nombre una determinada concepción, o incluso ideología, imperante en el sistema del registro.⁸

Cuando la ley del domicilio es adoptada para regir el estatuto personal, como en el derecho internacional privado argentino (artículos 6 y 7, Cód. Civ.; artículos 1, Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940), entonces la ley personal y la ley del registro generalmente coinciden al momento del nacimiento de la persona, ya que es común que el hijo nazca en el domicilio de los padres, que es por transitividad el del hijo (artículo 90 inc. 6, Cód. Civ.). Incluso, es posible concebir una segunda ley del registro, argentina, cuando una persona nacida fuera del país obtiene la nacionalidad argentina por ser hija de un funcionario argentino (ley 20.957 del Servicio Exterior de la Nación), por opción (artículo 1 inc. 2, ley 346) o por naturalización (artículo 2, ley 346).⁹ Pero si el nacimiento resulta de una presencia efímera de la madre en el país, el funcionario del Registro Civil debe aplicar al nombre del recién nacido el derecho extranjero de su domicilio, sin que la atribución de la nacionalidad argentina en virtud del *ius soli* altere tal estado de cosas.¹⁰

La ley domiciliaria rige la formación y composición del nombre de una persona. Y decide quién puede elegir el nombre individual o de pila, así como el número de nombres permitidos y cuáles se encuentran prohibidos, incluido

⁸ González Campos, Julio y otros, *Derecho internacional privado - Parte Especial*, 6ª edición revisada, Eurolex, Madrid, 1995, p. 80.

⁹ Ver Oyarzábal, Mario, *La nacionalidad argentina - Un estudio desde la perspectiva del derecho internacional público, del derecho internacional privado y del derecho interno argentino, con referencias al derecho de la integración*, La Ley, Buenos Aires, 2003, pp. 17-28.

¹⁰ En cambio Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *El nombre de las personas de existencia visible en el mundo jurídico en general y en el DIPr.*, *Revista del Colegio de Abogados*, Rosario, N° 12, 2ª época, noviembre de 1977, pp. 144-5, piensa que la idea básica del artículo 1 de la ley 18.248 es someter el nombre de origen de los argentinos nativos a las leyes de la República; lo que ha sido puesto en duda por Fermé, Eduardo L., *El nombre de las personas físicas en el DIPr.*, *Anuario Argentino de Derecho Internacional (AADI)*, IX, 1999, p. 30. El profesor de la Universidad de Rosario trae a colación dos antiguos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 20/2/1948, *La Ley*, t. 50, pp. 137 y ss., y de la Cámara Nacional Civil Sala C, 8/11/1956, *Jurisprudencia Argentina (JA)*, t. 85, pp. 461-2, dictados con anterioridad a la sanción de la ley 18.248, en los que se privilegia la conexión nacionalidad declarando que las disposiciones sobre nombre se dirigen a personas argentinas. Para Venezuela ver Hernández-Breton, Eugenio, *El nombre civil y el sexo de las personas físicas en el derecho internacional privado venezolano*, en *Estudios de Derecho Civil*, Volumen I, Libro homenaje a José Luis Aguilar Gorronzona, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 597-618.

el derecho a imponer nombres extranjeros o sin traducción al idioma nacional. También indica cuáles nombres funcionan como propios y cuáles como apellido, lo que puede tener importancia cuando los diversos ordenamientos jurídicos involucrados difieren respecto de los apellidos transmisibles.¹¹ Finalmente indica los criterios conforme a los que se adquieren el o los apellidos, tanto de los hijos matrimoniales como extramatrimoniales, así como el orden de los mismos.¹²

Ahora bien, aunque la formación del acto a inscribir se rige por la ley del domicilio, la transcripción del nombre en el Registro Civil argentino está sometida a las normas registrales argentinas. Especialmente en cuanto a la utilización de caracteres latinos y admitidos en el alfabeto español. Pero ello no implica que los nombres adquiridos según la ley extranjera del domicilio deban castellanizarse al momento de su inscripción en el Registro argentino, ya que el artículo 3 inciso 2 de la ley 18.248 que prohíbe inscribir nombres extranjeros, es sólo de orden público interno, no internacional.¹³ El espíritu del artículo 7 de la ley 18.248 es precisamente permitir los nombres atribuidos bajo una legislación extranjera, tengan o no traducción en el idioma nacional. Sólo se impone, de ser el caso, el reemplazo de los caracteres árabes, chinos, rusos, etc., por otros latinos, pero respetando la fonética del Estado de procedencia (transliteración).¹⁴ La traducción del nombre, en cuanto impone una grafía que lo deforma, constituye un *derecho* del naturalizado a tenor del artículo 7 citado. Derecho que se extiende a los argentinos nacidos en el exterior, y aun a quienes conservando su nacionalidad original establecen su domicilio en el país. Para ello, las autoridades argentinas pueden valerse de los documentos que los propios interesados les aportan, incluido su pasaporte extranjero, ya que es común que los nombres cuya grafía es distinta a la latina vengan acompañados de una transliteración al idioma inglés o francés. En su defecto, cabría recurrir al empleo de un traductor, y aun la declaración del propio interesado. Pero si el nombre consta en caracteres latinos, se inscribe textualmente como surge de la partida de nacimiento extranjera o el documento que la sustituye, salvo

¹¹ Lara Aguado, Ángeles, *Ob. Cit.*, p. 220.

¹² Ver en general, Fernández Arroyo, Diego P., *Personas físicas*, con la colaboración de Carlos Bertosi, en Fernández Arroyo, Diego P. (coord.), *Derecho internacional privado de los Estados del MERCOSUR - Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, pp. 514-5.

¹³ En contra, Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, t. I, pp. 642-3, para quien se trataría de una norma de policía del derecho internacional privado argentino.

¹⁴ Ver Legón, Fernando, *La función fonética del nombre en la inscripción de nacimientos: (inobligatoriedad de significados y de traducción)*. (Nota a fallo de la Cámara Nacional Civil 2ª de la Capital de abril 1º de 1935 en causa "Drysdale, Richtie, Murray"), *JA*, t. 50, pp. 140-5.

que el propio interesado solicite cambiarlo. La castellanización compulsiva de los nombres extranjeros atenta contra el derecho del individuo a su identificación individual y familiar conforme a la ley domiciliaria y a la estabilidad deseable del nombre en el tiempo y en el espacio. Por lo demás, ese es el derecho actual como es aplicado por los jueces federales cuando deciden numerosos casos de adquisición de la nacionalidad argentina por opción y por naturalización. Así lo ha dispuesto también el capítulo XIV párrafo 4º de las Normas de Aplicación del Reglamento Consular, modificado por resolución ministerial 1518/2002 de la Cancillería, que agrega que en los casos de alfabetos en los que se deba acudir a la traducción fonética de los apellidos se tendrá en cuenta de existir distintas variantes –fundamentalmente en la protocolización de partidas de nacimiento– la forma en que los apellidos paterno y materno fueron traducidos en la documentación original argentina de los padres, con el fin de evitar alteraciones o diferencias en la forma de escribirlos que luego puedan producir inconvenientes a los menores.

4.2 CAMBIO DE NOMBRE

Si bien es cierto que la adquisición originaria del nombre se rige por la ley personal del interesado, no está tan claro qué derecho se aplica a los cambios de nombre que derivan de una modificación de su estado civil, como el matrimonio o su disolución, la adopción, el reconocimiento, el cambio de nacionalidad y el cambio de sexo. En efecto, la doctrina predominante hasta la década del 70 y aun autorizadosísimos autores contemporáneos¹⁵ han considerado que, a falta de una norma específica para la determinación del nombre, los efectos que tales hechos jurídicos conllevan sobre el nombre, están mejor regidos por el derecho aplicable a la institución de que se trate, ésta ha sido también la posición de Werner Goldschmidt cuando enseñaba que en el derecho internacional privado argentino: “El apellido de un individuo, si es hijo extramatrimonial, es el que el derecho del domicilio conyugal en el momento de su nacimiento indica. Si es extramatrimonial, hay que aplicar el derecho domiciliario de quien lo reconoció primero. *El derecho que rige la legitimación y la adopción resuelven el problema del cambio del apellido de la persona legitimada o adoptada. Si se trata de una mujer casada, hay que recurrir al derecho que rige los efectos personales del matrimonio.* La imposición del nombre de pila se rige por el derecho que rige la patria potestad”.¹⁶ (La cursiva es nuestra).

¹⁵ Entre otros: Mayer, Pierre, *Droit international Privé*, 6^e édition, Montchrestien, París, 1998, pp. 332, 366 y 402; y Pérez Vera, Elisa y otros, *Derecho internacional privado*, Colex, Madrid, 1998, Vol. II, p. 24, para el nombre de la mujer casada.

¹⁶ Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado*, 8ª edición revisada, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 217.

Giesker-Zeller, que es el autor de un cuidadoso análisis sobre el tema, parte de la misma premisa para llegar a la solución opuesta. Luego de reseñar extensamente las diversas situaciones en las que el nombre de una persona puede verse afectado por el matrimonio, el divorcio o la filiación, denuncia “la extraordinaria multiplicidad de esta solución”, “la extrema ocultación de las normas materiales en los diferentes pliegos de toda la estructura del derecho internacional privado” y las “contradicciones latentes en tan caótica situación”. Propone, consiguientemente, una “solución autónoma”, de acuerdo con la cual, “la cuestión acerca de cuál nombre una persona está autorizada a llevar *in concreto*, debería ser dejada a su ley personal, porque el aspecto sumamente personal del derecho al nombre y a los apellidos es completamente evidente y exige estabilidad”.¹⁷

Es que la aplicación sin diferenciaciones de la ley personal al nombre parece lo correcto, ya que favorece la previsibilidad del derecho aplicable y simplifica sustancialmente el panorama normativo. Lo que explica que esta solución haya venido ganando adeptos en los últimos años, lo que a su turno se ha reflejado en las modificaciones legislativas más recientes con algunas excepciones.¹⁸ En la Argentina, esta interpretación es respaldada por Boggiano,¹⁹ Ciuro Caldani,²⁰ Fermé²¹ y Fernández Arroyo,²² entre otros, y tuvo el consenso de los profesores titulares de cátedra de las universidades nacionales de todo el país que participaron en la elaboración del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado elevado al Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos el 14 de mayo de 2003 (artículo 49, párr. 3°). Además, el legislador argentino ha optado por regular el nombre como categoría jurídica autónoma al sancionar la ley 18.248 de Nombre de las personas naturales, con independencia de las instituciones jurídico-familiares de las que deriva, con lo que ha acentuado una de las funciones que cumple el nombre,

¹⁷ Giesker-Zeller, Heinrich, *Der Name im internationalen Privatrecht, Festschrift für Georg Cohn*, Orell Füssli, Zürich, 1915, pp. 169-202.

¹⁸ V.gr., Alemania (artículo 10, *EGBGB*), Austria (artículo 13, *Ley Federal sobre derecho internacional privado de 15 junio de 1978*), España (artículo 219, *Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958*), y Suiza (artículo 37.1, *Ley Federal sobre derecho internacional privado de 18 de diciembre de 1987*). En cambio, la nueva ley italiana de derecho internacional privado somete los derechos derivados de una relación de familia a la ley aplicable a cada relación (artículo 24, n. 1, *L. 31 maggio 1995, n. 218*).

¹⁹ Boggiano, Antonio, *Ob. Cit.*, p. 642.

²⁰ Ciuro Caldani, Miguel Ángel, *Reflexiones sobre el nombre de las personas físicas en el DIPr. argentino*, *AADI*, IX, 1999, pp. 45-49.

²¹ Fermé, Eduardo L., *Ob. Cit.*, p. 29.

²² Fernández Arroyo, Diego P., *Ob. Cit.*, pp. 523-4.

que es la identificación de su titular en relación con los demás, por sobre su función indicativa del grupo familiar al que pertenece. No obstante, quizás habría sido conveniente que la Comisión elaboradora del Proyecto especificara que “tanto el cambio voluntario como el derivado de una modificación del estado civil” se rigen por el derecho del domicilio al tiempo del cambio, para evitar una interpretación contraria de la jurisprudencia.

El cambio de nombre originado en una modificación del estado civil pueden plantear como cuestión previa la validez del matrimonio o de su disolución, de la adopción o del reconocimiento, de la adquisición de la nacionalidad o del cambio de sexo, las que deberán determinarse por el derecho aplicable al hecho jurídico respectivo según el derecho internacional privado del tribunal argentino. No obstante, cabría reconocer efectos sobre el nombre al matrimonio, la adopción, etc., conforme al derecho internacional privado del domicilio de la persona, aunque sean nulos, según el derecho internacional privado argentino. Se trata de aplicar excepcionalmente a la cuestión previa el derecho internacional privado de la ley extranjera reguladora de la cuestión principal, en el interés superior de la persona. Mas, juzgados válidos el matrimonio o la adopción, la posibilidad de que la mujer utilice el apellido de casada o que el hijo reciba el apellido de los padres adoptivos, se rigen por la ley del domicilio, aun cuando el derecho aplicable al matrimonio o a la adopción no prevea ese efecto sobre el nombre del *propositus*.

El cambio voluntario de nombre se rige también por el derecho del domicilio del interesado al tiempo de su modificación.²³ Incluido cuándo procede y los cambios factibles. Así, el hijo domiciliado en el extranjero al tiempo de la adopción que muda su domicilio a la República, podrá solicitar la adición del apellido de origen desde los 18 años (artículo 12, ley 18.248). O pedir la adaptación gráfica y fonética al castellano de sus apellidos de difícil pronunciación (artículo 7, ley 18.248).²⁴ O la supresión de algunos de sus nombres de pila debido a las dificultades que le ocasiona en su vida nueva de relación.²⁵ O aun solicitar la modificación del orden de los apellidos o agregar o

²³ Ver, en general, Parra-Aranguren, Gonzalo, *Los derechos de la personalidad y el cambio voluntario del nombre civil en el DIPr: venezolano*, Rev. Facultad de Derecho Univ. Católica Andrés Bello, N° 24, 1978, pp. 43-96.

²⁴ Cámara Nacional Civil 1ª, caso “Cabre, Nicolasa s/información sumaria”, 18/7/1996.

²⁵ Cámara Nacional Civil Sala A, JA, 1952-II, p. 516, en el que hizo lugar al pedido de suprimir los tres últimos nombres de cinco atribuidos en el país extranjero de origen. El padre adujo que en España era corriente la imposición de varios nombres, pero no era obligatorio el uso de todos; mas en la Argentina su hijo iba a encontrar serias dificultades por la necesidad de asentar en los actos jurídicos que realizara todos los nombres, so pena de tener que convalidarlos luego si omitiese alguno de ellos.

suprimir un apellido para restablecer la unidad de apellidos entre los hermanos de una familia. Esta última causa no ha sido considerada, hasta donde sé, por la jurisprudencia ni por la doctrina. Pero debería admitirse para evitar los riesgos de confusión sobre la identidad o la filiación de los interesados. Nos preguntamos si con igual fundamento resulta factible la inscripción original de un apellido en un orden distinto del prescripto por los artículos 4 y 5 de la ley 18.248, para que el recién nacido se llame igual que sus hermanos mayores cuyos apellidos fueron atribuidos bajo una legislación extranjera, pero que están suficientemente identificados con ellos para que su cambio les signifique una alteración psicológica. Estas cuestiones deben resolverse con un criterio flexible cuando la causa alegada reviste gravedad suficiente.

4.3 REENVÍO

Habría que admitir el reenvío cuando el derecho internacional privado del país del domicilio designe como aplicable al nombre el derecho de la nacionalidad, de la residencia habitual o del lugar de nacimiento del individuo, con el fin de armonizar internacionalmente las decisiones. Si la ley domiciliaria del titular ha previsto una disgregación del derecho aplicable al nombre, *V.gr.* sometiendo el nombre de la mujer casada al derecho que rige al matrimonio o sus efectos, el nombre del hijo adoptivo al derecho del domicilio del adoptante o la ley que favorece la adopción, etc., será preciso respetarla. Ya que también la “calificación” del nombre como institución jurídica autónoma o como un efecto de la institución jurídico-familiar causal, es una cuestión sometida al imperio de la *lex causae*. Pero si la *lex causae* no ha previsto tal disgregación y la jurisprudencia no muestra una tendencia inequívoca en uno u otro sentido, sería admisible una calificación orientada a un resultado que permita alcanzar la justicia en el caso concreto.²⁶

4.4 ORDEN PÚBLICO

En éste, como en otros ámbitos, la utilización del orden público tiene carácter restrictivo. Limitado a aquellos casos en que la ley extranjera aplicable no permite una acabada identificación del individuo (*V.gr.* si se compone sólo del nombre familiar, sin un prenombre); o autoriza a cambiar de nombre o de apellido sin causa grave que lo justifique; o atenta contra el principio de igualdad (*V.gr.* si discrimina entre los apellidos de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, estando determinadas la filiación paterna y materna; o no da a

²⁶ Ver Henrich, Dieter, *Der Ehe name von Ehegatten verschiedener Staatsangehörigkeit, Das Standesamt (SaTZ)*, 1982, p. 205.

la mujer casada la opción de seguir llevando exclusivamente su apellido de soltera, lo que se opone artículo 16 inc. g) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y al principio subyacente tras el artículo 8 de la ley 12.248, texto según ley 23.515).

En cambio, no es violatorio del orden publico argentino la decisión tomada al amparo de la ley extranjera aplicable de atribuir al hijo como segundo nombre el apellido de soltera de la madre, como es habitual en los países anglosajones; o de invertir el apellido de los progenitores, como ocurre en Brasil; o aun de llevar exclusivamente el apellido de la madre, aunque el hijo haya sido concebido dentro del matrimonio, si constituye la voluntad de ambos padres. Tampoco la ley extranjera que no le da a la mujer casada el derecho a usar el apellido del marido, o que permite a la viuda seguir llevando el apellido de su anterior cónyuge después de haber contraído nuevas nupcias. Ni la que permite más de tres nombres de pila, o primeros nombres idénticos a los de los hermanos vivos si tienen otros nombres que los distinguen.

Aun cuando las leyes extranjeras que habilitan el matrimonio entre homosexuales puedan, en el estado actual del derecho positivo, no ser aplicadas en la Argentina para hacer lugar al pedido de inscripción de la unión en el Registro Civil argentino, la adición del apellido del otro cónyuge o su reemplazo por aquél adoptados, de conformidad con el derecho domiciliario, no vulneran los principios del orden público argentino. La modificación del nombre por cambio de sexo es más controversial.²⁷ Aunque el punto de partida para la determinación del derecho aplicable constituye siempre la ley personal del interesado, no vemos factible en el corto plazo que las autoridades judiciales o administrativas argentinas apliquen leyes extranjeras que permiten el cambio de nombre por cambio de sexo para hacer lugar a un pedido de modificación de la partida de nacimiento argentina.

4.5 LA LEX FORI COMO REFUGIO

Cuando no es posible identificar a una persona según la ley del domicilio, debe aplicarse las normas materiales del registro.

Si se ignora la filiación del hijo, el artículo 6 de la ley 18.248 impone al oficial del Registro del Estado Civil el deber de atribuir al denunciado “un apellido común”. Lo que está conforme con el artículo 18 de la Convención

²⁷ Ver Van Iterson, Dorothée, *Aspects internationaux des questions liées au transsexualisme*, en *Transsexualisme, médecine et droit*, Actes du XXIII^e Colloque de droit européen, Vrije Universiteit Amsterdam (Pays-Bas) 14-16 avril 1993, Conseil de l'Europe, pp. 197-8.

Americana de Derechos Humanos que establece que las leyes nacionales reglamentarán la forma de asegurar el derecho a un nombre propio y apellido para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario. La aplicación de las normas materiales argentinas se funda, en este caso, en una presunción de nacimiento *in loco* a favor del niño encontrado en territorio argentino.

4.6 CONFLICTO MÓVIL

Si la persona muda su domicilio a otro país, la ley del nuevo domicilio se aplica al nombre (conflicto móvil). Lo que no implica que el mero cambio de domicilio altere el nombre adquirido conforme a la legislación anterior. Ya que ello atentaría contra el principio de la estabilidad del nombre.²⁸ Antes bien, el nombre se modificará sólo si el derecho del nuevo domicilio así lo exige o lo permite. Generalmente para adaptarlo a la gráfica y fonética del idioma local. Pero los efectos sobre el nombre de hechos jurídicos sobrevenidos con posterioridad al cambio de domicilio se regirán por esta última legislación.

5. EL DERECHO APLICABLE AL SOBRENOMBRE, AL SEUDÓNIMO Y A OTROS ACCESORIOS DEL NOMBRE

El sobrenombre o apodo como factor de identificación de una persona que produce efectos jurídicos, queda sometido también a la ley del domicilio. Aunque estaría mejor regido por la ley de la residencia habitual del sujeto dado su carácter esencialmente familiar y que no sale del círculo de sus íntimos.

El seudónimo requiere consideraciones especiales. El seudónimo desempeña la función de un verdadero nombre con relación a las actividades que su portador ha deseado identificar con esta denominación. Por ello, debe gozar de la tutela que le concede la ley personal. Algunos autores propugnan la aplicación de la ley del registro de la obra literaria o artística.²⁹ Pero, aunque el seudónimo resulte de la actividad en un determinado medio, a diferencia del nombre comercial, el derecho que confiere es más un derecho de la personalidad que un valor comercial, lo que justifica conservar la competencia de la ley del domicilio.³⁰

²⁸ Cf. Ferid, Murad, *Internationales Privatrecht. Das neue Recht. Ein Leitfaden für Praxis und Ausbildung*, Frankfurt-am-Main, 1986, p. 173; Kropholler, Jan, *Internationales Privatrecht*, 3ª edición, Tübinga, 1997, p. 299.

²⁹ Pereznieta Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge A., *Derecho internacional privado – Parte especial*, Oxford University Press, México, 2000, p. 52.

³⁰ Battifol, Henri, *Droit international privé*, 5ª édition avec le concours de Paul Lagarde, L.G.D.J., París, 1971, t. II, p. 27-8.

En cuanto a los títulos nobiliarios, se discute si constituyen un accesorio del nombre y por consiguiente quedan sometidos a la ley personal. Como se adquieren por concesión de una autoridad pública, su existencia y régimen jurídico se rigen por la ley del Estado que los otorgó. Pero sus efectos extraterritoriales se rigen por la ley del país donde se pretenden ostentar.³¹ La Nación Argentina no admite títulos de nobleza (artículo 16, Const. Nac.), por lo que no pueden inscribirse en el Registro Civil argentino títulos nobiliarios extranjeros, salvo cuando bajo la ley del domicilio de la persona constituya una parte integrante de su apellido, en cuyo carácter sí se lo puede transcribir, adaptándolo a la gráfica y fonética castellana de ser necesario. Tampoco nos merece objeción la mención de títulos extranjeros en actos o documentos otorgados o destinados a surtir efectos en la República, cuando su uso está autorizado por la ley del domicilio extranjero actual de la persona. En cambio, no pueden usarlo las personas domiciliadas en nuestro país, sin que su mención en un acto jurídico baste por sí solo para restarle validez al acto, si permitiera la debida identificación del individuo así aludido. Ni cabe hacer lugar a la solicitud de inscripción de un título nobiliario otorgado por un Estado extranjero a un ciudadano argentino en el Registro de Condecoraciones y Honores que lleva la Cancillería (ley 23.732 de Autorización a los ciudadanos argentinos de recibir condecoraciones y honores de otros Estados), lo que nos resulta inconstitucional.

El nombre comercial se vincula más a la actividad de la persona que a la existencia de la personalidad civil.

6. EL RECONOCIMIENTO DE LAS DECISIONES EXTRANJERAS RELATIVAS AL NOMBRE DE LAS PERSONAS

Debemos distinguir según que se trate de una inscripción *ex novo* o que el nombre ya se encuentre inscripto en un Registro Civil argentino. En el primer caso, puede tratarse de la inscripción del nombre de un argentino nacido en el exterior, de la inscripción del nombre de un naturalizado, o de la inscripción del nombre de un extranjero con motivo de haberle sido concedida la residencia temporaria o permanente en la República o alguna otra causa como su matrimonio en el país o el nacimiento de un hijo argentino.

La inscripción del nombre de un argentino nacido en el extranjero se realiza copiándolo tal como figura en la partida de nacimiento extranjera en el Libro

³¹ Ver Pecourt García, Enrique, *Derecho internacional privado español - Jurisprudencia sistematizada y comentada*, EUNSA, Pamplona, 1976, pp. 50-54.

de Registro del Estado Civil de las Personas del consulado. La autoridad consular argentina no debe investigar cuál es el derecho aplicado por la autoridad extranjera, ya que se trata de un supuesto de reconocimiento y no de aplicación de la ley personal. Debiendo limitarse a verificar que el nombre atribuido no sea infractorio del orden público argentino.

En cuanto a la inscripción por primera vez del nombre de un extranjero, bastará con que el interesado presente ante la autoridad judicial o administrativa argentina una prueba fehaciente de su identidad por medio de un documento auténtico (certificado de nacimiento, pasaporte, etc.) donde conste su nombre. Naturalmente, el certificado de nacimiento debe presentarse debidamente legalizado y traducido.

En cambio, si el nombre de una persona ya está inscripto en un Registro Civil argentino, pero ha obtenido un cambio de nombre en virtud de una decisión extranjera, sea por vía principal o como consecuencia de una modificación de su estado civil, deberá realizarse una modificación de las partidas argentinas correspondientes, verificada que esté la competencia internacional de la autoridad extranjera que lo dictó, sin que sea necesario promover el incidente de *exequátur*.

El principio de inmutabilidad del nombre de la legislación argentina debe ser interpretado elásticamente, de modo que no conduzca al rechazo automático de una decisión extranjera que autorice un cambio de nombre por causas allende las reputadas “graves” por la jurisprudencia argentina.³² Aun los cambios originados en causas que los tribunales argentinos han rechazado en casos internos deben ser analizados teniendo en cuenta la internacionalidad del caso. Por ejemplo, la mera dificultad de pronunciar nombres o apellidos extranjeros no es considerada en general motivo bastante para cambiar el nombre en la Argentina. Pero si un argentino domiciliado en Nueva York hubiera solicitado y obtenido el cambio de su nombre Alejandro por el de Alexander o Alex, debido a que resulta impronunciable para las personas de habla inglesa, debería poder obtener posteriormente la modificación de las partidas argentinas para adaptarlas a su actual nombre. También en el supuesto de cambio fundado en el uso prolongado de un nombre sin derecho a usarlo. Aunque cabría someterlo a los requisitos de publicidad que establece el artículo 17 de la ley 18.248 para ahorrar perjuicios a terceros. El límite del principio de inmutabilidad en casos inter-

³² Para una reseña de esa jurisprudencia, ver Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de derecho civil - Parte general*, 18ª edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 296-9.

nacionales podría hallarse en la no habitualidad del individuo en la solicitud y obtención de cambios de nombre.³³

Reiteramos que las decisiones extranjeras relativas al nombre de una persona no precisan de *exequátur* para su reconocimiento en Argentina, salvo que deban dar lugar a actos de coerción sobre las personas, *V.gr.* una sentencia de separación personal o divorcio vincular que prohíba a la mujer separada o divorciada el uso del apellido de su anterior marido en el curso de sus actividades en el país.

7. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL NOMBRE

El uso indebido del nombre de otro puede ser constitutivo de los delitos tipificados en el capítulo X de la ley 17.671, incorporado por la ley 20.974, con las modificaciones introducidas por las leyes 22.435, 22.863, 24.569 y 24.755; además de los delitos de supresión y suposición del estado civil (artículos 138 y 139, Cód. Penal), defraudación mediante nombre supuesto (artículo 172, Cód. Penal), prestación del nombre para el ejercicio ilegal de la medicina (artículo 208 inc. 3, Cód. Penal), y adulteración de documento de identidad (artículo 292 párr. 2º y artículo 293 párr. 2º, Cód. Penal). Incluso podría configurar otras figuras delictivas como la deshonra (artículo 110, Cód. Penal), inserción de datos falsos en un archivo de datos personales (artículo 117 bis inc. 1, Cód. Penal), adulteración de instrumento público o privado (artículo 292, Cód. Penal), y falsedad ideológica y material de documento adulterado (artículos 293 y 296, respectivamente, Cód. Penal). Los delitos cometidos o sus efectos deben producirse en lugares sometidos a la jurisdicción argentina, o haber sido cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en el desempeño de su cargo, para que se aplique la ley penal argentina (artículo 1, Cód. Penal). Si ésta no es aplicable, no hay jurisdicción internacional de los tribunales argentinos.

Ahora bien, aunque el concepto de comisión del delito cae bajo el ámbito de la ley argentina, la titularidad del nombre usado por el imputado debe resolverse conforme a su ley domiciliaria, al igual que la responsabilidad civil derivada del delito, aunque las acciones penal y civil se ejerciten conjuntamente.

Cuando el hecho dañoso no sea constitutivo de delito, existe autoridad para someter las consecuencias de la violación del derecho al nombre a la ley del país

³³ Cámara de Apelaciones de Mercedes, 21/7/1961, *JA*, 1961-IV, p. 55, hizo lugar al reconocimiento de la sentencia de un juez extranjero que dispuso el cambio de apellido del peticionante, nacido en esta jurisdicción, pero con domicilio en aquél, por no ser ello incompatible con nuestra legislación ni vulnerar nuestro orden público. No obstante, la Cámara erró al exigir el *exequátur*.

donde se produjo la violación de la obligación legal, con fundamento en el artículo 8 del Código Civil. Pero este criterio conduce a dejar al titular del nombre desprovisto de toda protección si resulta aplicable el derecho de un país, como Inglaterra, que considera las infracciones del derecho al nombre solamente desde el punto de vista del delito penal, cuando su uso no autorizado injurie el negocio del padre, la profesión, propiedad o reputación.³⁴ Con lo que quedaría casi sin sentido la determinación del nombre realizada según la ley personal.³⁵

Por eso, lo justo es aplicar la ley del domicilio, que se funda en el artículo 43, última parte del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, cuando la violación del derecho al nombre se presenta en el marco de otra relación jurídica preexistente entre las partes, como cuando un hijo extramatrimonial usa el apellido de su padre o una divorciada se presenta con el apellido de su anterior marido. Es que el acto ilícito se conecta más esencialmente con el derecho aplicable a la transmisión del nombre que con la *lex loci actus* o incluso la ley aplicable a los efectos de la filiación, el matrimonio o el divorcio, cuya validez o nulidad sí pueden constituir una cuestión previa de derecho internacional privado.

Pero si no preexiste una relación jurídica entre las partes, por ejemplo, si se utiliza el nombre de una persona famosa para designar un producto industrial, habría que estar al lugar donde se manifiestan las consecuencias lesivas, que generalmente coincide con la residencia habitual o el centro de los negocios de la víctima (artículo 43, Tratado de 1940 y 38 de su homónimo de 1889).

El derecho aplicable según las normas de conflicto argentinas rige tanto la identificación de los actos que configuran la especie (desconocimiento o negación del derecho a llevar el nombre, usurpación o uso ilegítimo del nombre de otro, usufructo comercial del nombre, etc.), como los presupuestos o extremos legales que causan el ilícito civil (perjuicio patrimonial o moral).

8. EL NOMBRE EN EL DERECHO COMUNITARIO

En el ámbito comunitario, el nombre se vincula primariamente con el derecho a la residencia y el derecho al trabajo para los nacionales de los Estados miembros, que reconocen los *Acuerdos firmados en Brasilia del 6 de diciembre de 2002 sobre regularización migratoria interna de los ciudadanos y residencia*

³⁴ *Dockrell vs Douglas* (1899), 80 L. T. 556; *Walter v. Ashton* (1902), 2 Ch. 282, 293; citados por Wolff, Martin, *Derecho internacional privado*, traducción española de la segunda edición inglesa por Antonio Marín López, Bosch, Barcelona, 1958, p. 277.

³⁵ Lara Aguado, Ángeles, *Ob. Cit.*, pp. 230-1.

para nacionales del MERCOSUR, Bolivia y Chile. Se afirma que las normas de los Estados miembros no deben imponer alteraciones del nombre adquirido conforme a la legislación de otro Estado miembro, cuando ello causa un riesgo de confusión de identidades que perjudica la actividad profesional del individuo vulnerando las libertades comunitarias. Ésta ha sido la posición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso “Konstantinidis vs Stadt Altensteig s/cuestión prejudicial”.³⁶ En otro caso decidido recientemente, “Carlos García Avello vs état Belge s/cuestión prejudicial”,³⁷ el Tribunal consideró que los artículos 12 y 17 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que respectivamente prohíben toda discriminación en razón de la nacionalidad y crean una ciudadanía de la Unión, se oponen a que la Autoridad administrativa de un Estado miembro deniegue una solicitud de un cambio de apellido para hijos menores que residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho Estado y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del derecho y de la tradición del segundo Estado miembro. Este caso no carece de todo interés en nuestro medio, pese a que los Estados del MERCOSUR privilegian la conexión domiciliaria para regir el nombre, cuando las leyes de cada una de las nacionalidades del individuo son aplicadas como ley del registro.

9. LA INCIDENCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD SOBRE EL NOMBRE

Una cuestión interesante es, si el nombre puede sufrir la incidencia del principio de autonomía; si los esposos no podrían, dentro de ciertos límites, elegir la ley que rija su nombre o el de los hijos; o si adoptante y adoptado no podrían elegir la ley aplicable a los efectos de la adopción por sobre la del domicilio del adoptado indicada por la norma de conflicto del foro, para permitirle al hijo llevar el apellido de su padre adoptivo, lo que la ley del domicilio le niega.

Las modificaciones legislativas recientes que han introducido un grado importante de autonomía en la elección del derecho aplicable al nombre persiguen objetivos ligados al derecho interno (Alemania) o la protección de sus nacionales (Suiza).³⁸ La Ley de Introducción al Código Civil Alemán (EG-

³⁶ Caso c-168/91, Sent. de 30/3/1993; con comentarios de Streinz, Rudolf, *Zum Urteil des EuGH vom 30.3.1993 (Cristos Konstantinidis)*, StAZ, 1993, 243-9; y Pintens, Walter, *Der Fall Konstantinidis. Das Namensrecht als Beispiel für die Auswirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Privatrecht*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, 1995, pp. 89-104.

³⁷ Caso c-148/02, Sent. de 2/10/2003.

³⁸ Carlier, Jean-Yves, *Autonomie de la Volonté et statut personnel - Etude prospective de droit international privé*, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 309.

BGB) autoriza a los esposos a elegir su nombre o el de los hijos legítimos, según la ley de la nacionalidad de uno de los cónyuges, o la ley alemana, si uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en Alemania (artículo 10 (2) y (3)). Mientras que la Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado, permite al interesado reemplazar la ley del domicilio normalmente aplicable, por la de su nacionalidad efectiva (artículo 37.2).

Otra opción consiste en reconocer validez al nombre si lo es conforme a alguno de los ordenamientos admitidos en la norma de conflicto. Con lo que se permite al individuo elegir, no ya la ley aplicable al nombre (*Rechtswahl*), sino el nombre mismo (*Namenswahl*). Aunque la elección del nombre no podría hacerse sin referencia a una ley.

Una elección limitada a los derechos más esencialmente conectados parece introducir mayor seguridad y una simplicidad real frente a las dudas de la jurisprudencia, tanto en la determinación del nombre por filiación paterna o materna en el nacimiento, como entre la conexión autónoma o dependiente de instituciones que lo influyen (matrimonio, divorcio, adopción, etc.), y entre las diferentes combinaciones distributivas o acumulativas de las leyes del domicilio y de la nacionalidad.³⁹

No veo ninguna razón a priori por la que el principio de la autonomía de la voluntad deba ser excluido en el derecho internacional privado argentino. Antes bien, favorece el principio de unidad de nombre en el espacio, sin menoscabar el de inmutabilidad, por lo demás muy relativizado luego de la sanción de la ley 18.248. En la atribución del nombre de origen, la opción debería darse entre la ley de la residencia habitual de los padres y la de la nacionalidad de cualquiera de los padres. Para los acontecimientos posteriores, podría agregarse como conexión alternativa la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio, del reconocimiento o de la adopción. En defecto de elección, habría que prever una opción legal por la ley de la residencia habitual de la persona. La elección del nombre debería realizarse al momento de la inscripción del nacimiento o del reconocimiento del hijo, de la adopción o de la celebración del matrimonio, respectivamente, con miras a favorecer la estabilidad deseable del nombre en el tiempo.

Naturalmente esta es una posición doctrinaria, que espero que una futura reforma legislativa recoja. Mientras tanto, la regla de los artículos 6 y 7 del Código Civil no puede eludirse sin caer en arbitrariedad.

³⁹ *Ibidem*.

Derechos reales y de crédito. Bases históricas de la dogmática contemporánea

Rafael PARRA PÉREZ*

*...neque concipere aut edere partum mens potest nisi ingenti flumine
litterarum inundata.*¹

(Petronius, *Satyricon*, i.e. *Cena Trimalchionis*).

*Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt.*²

(Ludwig Wittgenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus*)

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado Mención Magna Cum Laude. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho, Profesor. Centro de Estudios de Postgrado, Profesor en los Cursos de Doctorado. **Universität des Saarlandes** (Saarbrücken, Alemania), cursos de postgrado en historia comparada del Derecho y Derecho de la Integración Económica Europea. Investigador bajo la tutoría de los Profs. Wilhelm Wegener y Günter Jahr, sobre la fuente del vínculo obligatorio “ex contractu” y los temas de la tipicidad, la voluntad y la causa. (1971-1974). **Universidad Católica Andrés Bello**, Profesor, Jefe de la Cátedra de Derecho Romano (1999-2001). Universidad Simón Bolívar, ex Profesor, Consultor Jurídico (1976-1989). **Universidad Monteávila**, Profesor. Corredactor de la Constitución del Estado Bolívar (1981) y de proyectos de reglamentos y pautas del Consejo Nacional de Universidades (1977-1979). Abogado en ejercicio.

¹ “...y no puede nuestra mente dar algo a luz, sino inundada por el enorme caudal de las letras” (Las traducciones de citas originales en otros idiomas, salvo que se indique el uso de una versión castellana, son mías y más o menos literales según la conveniencia del significado que percibo).

² “Los límites de mi lenguaje se traducen en los de mi mundo”.

SUMARIO:

1. **Introducción.** *Pluralidad de significados en términos iguales. Precisión del concepto de relación jurídica. El objeto de la relación. Una tesis conclusiva a modo de introducción. Diversidad en el vocablo derecho. La noción de derecho subjetivo. El sentido moderno de la institución. La ubicación de la distinción en el tema de la patrimonialidad gravita sobre la discusión actual.*
2. **Corrección en la atribución al derecho romano de la diferencia conceptual.** *Carencia del concepto de derecho subjetivo. Deficiente objetividad en la primera idea del derecho expresada como “ius-fas”. La concepción romana de la acción (actio), anteponiéndose, sustituye y retarda la idea del “derecho subjetivo. Los motivos de la distinción doctrinaria de las acciones reales (in rem) y personales (in personam). Conservación, dentro de las clasificaciones de las acciones en la doctrina de juristas, de la división en persecutorias de personas (acciones in personam) y cosas (acciones in rem). Diferencia de la acción romana con nuestro concepto de derecho subjetivo.*
3. **La noción de derecho subjetivo surge en la Edad Media. Transculturización germánica al mundo romano.** *Radicación de las situaciones jurídicas subjetivas; el conglomerado de derechos y obligaciones en el dominio territorial. Sustitución del vocablo latino original “ius” por el medieval de “directum”. Aporte doctrinario de los glosadores y comentadores.*
4. **Condiciones iusnaturalistas de la diferenciación. Bases doctrinarias y su evolución.** *Problema de la diferenciación conexos con el tema de la oponibilidad y las subsecuentes categorías de derechos absolutos o relativos, como en el arrendamiento. La cuestión de definir el derecho del arrendatario entre los de crédito o reales.*

INTRODUCCIÓN

Pluralidad de significados en términos iguales. Una vez más, en el piélago de divagaciones y controversias sobre el mismo tema, ha de parecer un ritor-nelo destinado al naufragio ofrecer un nuevo intento de dilucidación de los conceptos tan antiguos de derecho real frente al derecho personal, de crédito, o de obligación en el sentido correlativo a ésta.³ Para no extenderse en

³ Bastaría con la indicación de dos obras, la del caro homenajeado Gert Kummerow: *Bienes y derechos reales*. 5ª Edic. McGraw-Hill de Venezuela, 2002. pp. 105-137, con ilustradas referencias bibliográficas, y José A. Zambrano V. *Teoría general de la obligación. Parte general de las obligaciones. La estructura*. Caracas, 1985.

justificaciones, es conveniente destacar, con todo, que la observación histórica descubre lazos con la cultura general desapercibidos frecuentemente por quienes, insistiendo en la vía de la jurisprudencia de conceptos, se extravían en el dédalo de mutaciones del significado de los vocablos y los conceptos atados a ellos. El estudio de la evolución histórica de ambas nociones tiene por objetivo principal renovar la conciencia sobre los orígenes, las ataduras indisolubles que la prosapia de nuestro derecho civil ha recibido como herencia y, no únicamente, en el ámbito de las relaciones económicas entre los hombres. Los dos conceptos estudiados no sólo predominan en el derecho civil, sino constituyen la base de relaciones patrimoniales de toda índole, por lo cual de allí han percolado a todo el derecho, en cualquiera de sus disciplinas o parcelas, público o privado, civil o comercial, nacional o internacional, de modo que no resultaría exagerada la afirmación de que ambos conceptos en cierta medida y bajo denominaciones diferentes pertenecen a la base estructural de todo el derecho.

En vista de ello, antes de restringirnos al tema propuesto, no está de más atender al reclamo sobre la necesidad de tener presente siempre la relatividad de un concepto, cualquiera que sea y por firme, perenne y distinto que aparezca dentro de una estructura de significados, que parte de los estudios semióticos en boga;⁴ en este respecto no puede menos que asombrar la indiferencia con la cual autores bien acreditados por su profundidad en el campo de la teoría, metodología y filosofía del Derecho, por una parte, y de la dogmática positiva o exegética de las instituciones particulares; por otra, con tanta frecuencia se oponen e ignoran recíprocamente. Cómo pueda llegar a conciliarse esta situación ha de ser uno de los propósitos de la indagación histórica. Ella nos mostrará cómo se usan inadvertidamente tres acepciones de la palabra derecho: a) en la noción de derecho subjetivo; b) en la de derecho real; c) en la de derecho de crédito. Cuando se habla de derecho subjetivo esa palabra se refiere a algo distinto de cuando se habla de derecho real y de derecho de crédito y, a su vez, cuando se dice derecho real el concepto de derecho es distinto al usado en la expresión derecho de crédito; por lo tanto, no se está calificando con los adjetivos o complementos determinativos del sustantivo derecho tres especies distintas del mismo género implicado en el concepto de “derecho”, sino tres géneros diferentes de significado de ese mismo vocablo, tres conceptos diferenciables, es decir, tres acepciones de

⁴ Con antecedentes en la filosofía del lenguaje desde Herder, pasando por la de la forma simbólica en Cassirer, la explanación de las constataciones semióticas muestra también ancestrales raíces, sintetizadas con brillo en la primera de las citas del encabezamiento.

la misma voz, cuya analogía, ni identidad ni yuxtaposición, es el origen de la diatriba e incomprensiones que la motivan.

El uso inveterado y tan extendido de la terminología por lo demás impone no desconocerla para rechazarla o recomendar una alternativa, sino al contrario, conservar con ella la utilidad ya consagrada en la doctrina, pues de lo que se trata no es de corregirla en su uso, salvo en algunos casos puntuales, sino de precisar su significado en la evolución que ha sufrido, lo que equivale a reconocer la relatividad de las perspectivas, las analogías, las derivaciones y las relaciones referenciales o emparentamientos que se develan en los fructíferos intentos que desde hace mucho se han venido haciendo para depurar el rigor del sistema doctrinario; pero debe tenerse presente que, sin duda, esa identidad de vocablos para expresar ideas distintas no sólo da lugar al uso de paráfrasis oscuras e inadecuadas, cuando no inadvertidamente equivocadas, obstaculizando así en forma irresistible la identificación de los contenidos doctrinarios.⁵ En resumen, lo que importa es precisar el significado contemporáneo de ambas expresiones “derecho real” como contrapuesto a “derecho de crédito” en la doctrina jurídica dominante.⁶

Otra observación imprescindible que es preciso adelantar se vincula con la diversidad en la dirección o propósito que anima a los juristas para la definición de una y otra de ambas categorías de “derechos”, aunque no haya faltado sin duda la intención de superar esa “*summa divitio*” de los “derechos patrimoniales”⁷ reduciéndolos a una sola especie o, por el contrario, reconociendo otras especies intermedias. En esto también el estudio histórico ha sido bien revelador y un certero punto de anclaje. Mas en lo que respecta a los objetivos de la diferenciación puede empezarse reconociendo lo que en el estado actual de los estudios se aborda en forma diferente cuando se trata de señalar los linderos caracterizadores de la “obligación”, o de los “bienes”, en sí mismos, es decir, no para contraponerlos sino definirlos en forma afirma-

⁵ Entre muchos autores del llamado “realismo” norteamericano, que sin duda inspiró a Kelsen frecuentes reorientaciones, *Cfr.* Wesley N. Hohfeld: *Conceptos jurídicos fundamentales*. Fontamara, México, 1991 (Trad. por Genaro R. Carrió de: *Some Fundamental Legal Conceptions as applied to Judicial Reasoning*. 1ª parte en: *Yale Law Journal*, XXIII, 1913, N° 1, pp. 16-59 y 2ª. *Ibid.*, XXVI, 1917, N° 8, pp. 710-770).

⁶ Hohfeld, *Op. Cit.*, *supra*, p. 46: “Si las palabras en el uso jurídico común son usadas con exactitud, es bueno saberlo; si no son usadas así, también es bueno saberlo y señalar cómo se las usa”.

⁷ La sola subordinación al género de los derechos patrimoniales es ya un punto de controversia en la doctrina de las obligaciones y, por ende, respecto al derecho de crédito; en cambio no es discutida en el contexto del derecho real y su concreción en la figura de los bienes, *Cfr.*, *infra*.

tiva, aunque en toda explicación de lo que algo “es” esté implicada la del o los contrarios, lo que “no es”.

Precisión del concepto de relación jurídica. Corresponde a la noción de “relación jurídica” desde el S. XIX una posición central en la dogmática,⁸ que desarrollada primero por la civilística, pero extendida pronto a todas las demás disciplinas del derecho,⁹ ha llegado a convertirse en el sustrato fáctico de la norma jurídica, el vínculo social juridificado que une a los sujetos de derecho entre sí. La relación jurídica tiene enorme importancia, pues en ella residen los derechos subjetivos y los deberes jurídicos correlativos, las posiciones activas y las pasivas. Con sus preceptos el orden jurídico rige las relaciones humanas, asigna a cada quien deberes y los correspondientes derechos,¹⁰ constituye los efectos en amplios sectores de ellas¹¹ concebidos

⁸ En la clásica obra de Andreas von Tuhr: *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Buenos Aires, 1946, suele verse una exitosa y consultada sistematización en su entorno de conceptos fundamentales hoy, entre ellos el “deber jurídico” y la caracterización de su modalidad la “obligación”; de los “derechos subjetivos” como una organización integrada de facultades, pretensiones, potestades, intereses, compromisos, cargas, incumbencias, etc., de modo que tan amplia perspectiva extendió ese concepto en ciertos aspectos hasta hacerlo coincidir con el sustrato de la “relación”.

⁹ Abunda en las exposiciones contemporáneas sobre la naturaleza de la norma jurídica y su distinción de la moral, la mención de la “bilateralidad”, es decir, que el dato o concepto fundamental del mundo jurídico es la “relación”. Entre otros, Cfr: Albaladejo, Manuel: *Derecho civil. Introducción y parte general*, Vol. II, *La relación, las cosas y los hechos jurídicos*, 118 ed., Bosch, Barcelona, 1991; Barbero, Domenico: *Sistema del derecho privado*, trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1967; Beltrán De Heredia y Onís, P.: *La obligación. Concepto. Estructura y fuentes*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989; Castán Tobeñas, José: *Situaciones jurídicas subjetivas*, Reus, Madrid, 1963; De Los Mozos, José L., *Derecho civil español. Parte general*, Vol. I, *Introducción al derecho civil*, Salamanca, 1997; Díez-Picazo, Luis - Guillón, Antonio: *Sistema de derecho civil*, 38 ed., Tecnos, Madrid, 1979, Vol. 1; Díez-Picazo, Luis: *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Ariel, Barcelona, 1987; Gatti, Edmundo - Alterini, Jorge H.: *Derechos subjetivos y relaciones jurídicas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992; Larenz, Karl: *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. München, 1972. (*Derecho civil. Parte general*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978); Nino, Carlos S.: *Introducción al análisis del derecho*, 28 ed., Astrea, Buenos Aires, 1993; López De Zavala, Fernando J.: *Derechos reales*, Buenos Aires, 1989, t. I; Rivera, Julio C.: *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993/1994.

¹⁰ Kelsen reconoce la naturaleza social del orden jurídico mas no deriva de allí directamente una teoría de la relación jurídica, porque su interés en la depuración metodológica de la “razón” jurídica, es decir, la depuración (neoliberalista) de la fórmula normativa con prescindencia del análisis de sus “posibilidades” sociales (históricas), le conduce inmediatamente a la demostración del carácter objetivo de la regla de derecho, mediante el desarrollo del principio de la imputación, para desde esa premisa alcanzar la asepsia de lo que él considera virulentas ideologías en el conocimiento del derecho; mas en Kelsen, aparece la relación jurídica después de la crítica de las nociones tradicionales del derecho subjetivo, por lo mismo también en una perspectiva propia. Cfr. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl, Wien, 1960. (Nachdruck 1970). Se insistirá sobre esa perspectiva que da prioridad a la obligación sobre derecho, y las posiciones que han sido o siguen siendo inversas.

¹¹ Se insistirá también sobre si la relación jurídica es sólo una relación humana, en las distintas posiciones teóricas, etc.

en la estructura normativa como la consecuencia jurídica. No obstante el predominio de esta idea en la literatura doctrinaria, es preciso reconocer como progresos exitosos muchas de las conclusiones teoréticas sobre la esencia y estructura del derecho, que no pueden ser ignoradas e imponen revisiones o reorientaciones, a los postulados de la doctrina exegética tradicional.

En su estructura todas las relaciones jurídicas se integran por dos sujetos contrapuestos en la función recíproca activa y pasiva en el sentido gramatical de las voces del verbo, es decir, en la alternativa situación de ejercer para sí o sufrir por sí el efecto de la consecuencia jurídica. En consecuencia, todas las relaciones jurídicas son entre personas como sujetos de derecho,¹² de ella emergen derechos y deberes jurídicos que forman su contenido, no a la inversa,¹³ pero si al crear los efectos entre ellos se constituye la relación jurídica como algo distinto de la pura relación humana, resulta impropia la conclusión de que “relaciones jurídicas son los efectos jurídicos de las relaciones humanas”,¹⁴ una simplificación que prescinde de enfocar la unidad conceptual de toda relación social como interacción de sujetos en función de un objeto, comprendidas en ellas las relaciones jurídicas, en las cuales la norma insufla la cualidad “jurídica”, haciendo tales al mismo tiempo a los sujetos y al objeto.

Ha sido precisamente el estrechamiento de la perspectiva sobre el objeto o los sujetos lo que permite hablar de relaciones jurídicas de signo diferente en las “reales” y “obligacionales”, al afirmar dos especies distintas de ellas, las constituidas “entre una persona y una cosa” en razón de eludir la conside-

¹² No es preciso referirse aquí a que la noción de “sujeto de derecho” prescinde de la diferencia común entre personas naturales y jurídicas, como es frecuente en el lenguaje de nuestro CC, v.gr.: artículo 15 concordado con artículo 19, y ha de entenderse que en general “persona jurídica” puede ser ya una natural o una ficticia, cuyo sustrato social esté en la colaboración entre sujetos (asociación, sociedad, cooperativa, etc.) o en la integración de recursos para un fin determinados (formas fundacionales).

¹³ Kelsen, Hans: *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl, Wien, 1960. (Nachdruck 1970.), obra en la cual se ve impelido a admitir, al menos, que: “también desde el punto de vista de una efectiva consideración de la realidad, debe reconocerse que mediante el derecho —esto es aquí la idea que tienen los hombres de un determinado ordenamiento jurídico válido— se producen efectivas relaciones entre los seres humanos, que sin esa suposición —como motivos de la conducta— no se han dado o no existirían”. Reconoce así la conexión del derecho (el ámbito del “ser” opuesto categorialmente al del “deber ser”) con la realidad, admitiendo su función social.

¹⁴ Andreas von Tuhr: *Op., Cit.*, p. 154 y n. 1. Como lo advierte él mismo no se trata de una cuestión sin importancia para la elaboración teórica y la determinación de los conceptos. (Combínese con nota anterior).

ración directa e inmediata sobre el otro sujeto de la relación,¹⁵ o las constituidas “entre dos personas” en que el objeto aparece degradado, o más bien tergiversado, a la función de objeto de la “obligación”.

Pero tanto los elementos subjetivos como los objetivos son igualmente esenciales en toda relación jurídica, que se da pues entre personas en razón del objeto reconocible como deberes y correlativos derechos, cuyas especies pueden variar ya en razón de los sujetos, de los dos o de uno solo de ellos, activo o pasivo, ya en razón del objeto aisladamente considerado, o de la situación deducida de la conexión uno o los dos sujetos con el objeto.

El objeto de la relación. Una primera simple aproximación al debatido asunto del objeto de las relaciones jurídicas puede ser el describirlo como la materia sobre la cual se instaura la relación entre los sujetos. Pero esta fácil brevedad puede pasar desapercibida y suscitar desconfianza ante los debates surgidos sobre su esencia y sobre sus modalidades, que derivan en una compleja urdimbre de pareceres acompañados de sus correspondientes desencuentros terminológicos, a que da lugar su polifacética presentación en los temas próximos del objeto de la norma, del acto y del negocio jurídicos, de los derechos subjetivos, de las obligaciones, de las prestaciones, de los derechos reales, etc.

El legado de la pandectística motivó en el punto de encuentro entre la doctrina más general del derecho y la teoría sobre su naturaleza, en los autores ya hoy clásicos de entre mediados de los siglos XIX y XX el análisis de la estructura de la relación jurídica como concepto básico del derecho, y la cual en el derecho privado muestra su mayor variedad. Esa identificación de la estructura básica del ordenamiento de las relaciones revela que todas son iguales,¹⁶ pues consiste en un vínculo entre sujetos en orden a un objeto; mas, partiendo de una noción más o menos coincidente respecto a los suje-

¹⁵ Es muy frecuente e inapropiada la posición de muchos autores modernos que mientras en primer lugar admiten que la relación jurídica se da entre personas, al mismo tiempo juzgan el derecho real como el vínculo entre una persona y una cosa. Ludwig Enneccerus - Theodor Kipp - Martin Wolff: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 14. Aufl. von H. C. Nipperdey. Mohr, Tübingen, 1952, p. 271, ss. (Hay traducc. cast. de la 11ª ed. alemana, Barcelona 1933); von Tuhr, *Op., Cit.*, Vol. I, 1, p. 156. y otros; en cambio los autores que siguen la posición personalista, como Marcel Planiol - Georges Ripert *Traité pratique de droit civil français*. París, 1952, T. III, § 2., p. 47, ss., reducen todos los derechos subjetivos patrimoniales a una relación jurídica obligacional, pero admiten la diferenciación con base a dos especificidades: el número de sujetos pasivos, en el derecho de crédito determinado (relativo), mas en el real universal (absoluto); y en el objeto de la obligación, que en el derecho real es una simple abstención.

¹⁶ Larenz, Karl: *Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*. München, 1972, p. 150.

tos como “personas jurídicas”, es decir, quienes están vinculados en las relaciones por derechos y deberes,¹⁷ la diatriba se orientó hacia la identidad del objeto, que dada la variedad casi ilimitada de sus manifestaciones concretas falsearía el predicado de la uniformidad básica de las relaciones si no fuese susceptible de encerrarse en un concepto abstracto. Las opiniones en esa indagación de la identidad más general del objeto constituyen hoy hitos de la evolución doctrinaria reciente, por lo cual resulta útil dirigir brevemente la atención a las principales formulaciones conceptuales en el intento de hacer posible la construcción de la coherencia en la ciencia jurídica.

En una opinión que parte de Bernhard Windscheid el objeto o finalidad de las relaciones jurídicas consiste en la afirmación regulada de la voluntad de dominio,¹⁸ entendido que en éste están involucrados variados aspectos de los fines sociales del sujeto, que en la racionalidad del ordenamiento jurídico positivo se contemplan, por tanto toma motivos de identificación igualmente del racionalismo jurídico como de la escuela jushistoricista; esos fines que la voluntad promueve son por ello de variado orden, ético, sociales, económicos, etc., que en todo caso revelan el poder o señorío de la voluntad conferido por el orden jurídico.

A su contemporáneo Rudolf von Ihering se atribuye la precedencia en el reconocimiento de la esencia del objeto como el interés que está jurídicamente tutelado, puesto que la función de los sujetos en la relación es proteger los intereses, coincidentes con los fines del ordenamiento jurídico que no pueden ser otros que la protección de lo que los sujetos sienten y reputan como su interés en cada caso. Hay que reconocer que en este sentido las dos identificaciones del objeto se conjugan o relacionan tanto en la cualidad psíquico-individual,¹⁹ como que en ambas la substancia del objeto tiene prelación precedente respecto a la formulación del derecho positivo y en verdad son variables de idéntico fenómeno.

¹⁷ Idea predominante mas no enteramente pacífica; las divergencias al respecto, incumben a la teoría de la personalidad jurídica, que puede dejarse como marginal al tema en consideración.

¹⁸ Se expresa en esta versión libre quizás mejor la idea del autor que en la traducción literal del vocablo usado por el autor, “poder de la voluntad” (*Willensmacht*), en el entendido que se pone en juego ese poder en función de la afirmación social del sujeto para alcanzar sus fines.

¹⁹ Es una de las objeciones que el mismo Ihering hace a Windscheid, quien, según encuentra Kelsen, se ve precisado a la modificación de la primera versión aclarando que la voluntad en que el derecho subjetivo consiste es la del orden jurídico, no la del titular del derecho, un contrasentido que desemboca en que el orden jurídico garantiza su propia voluntad. (Hans Kelsen: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*. 2. Auf. Tübingen, 1923.

Versiones más recientes tratan de reconocer mejor el interés en la entidad de un “bien jurídico” que lo motiva, con lo cual se busca sobrepasar la crítica a la cualidad psíquico-subjetiva de la anterior identificación mediante la presentación del contenido del interés, de su concreción en una realidad reconocible socialmente, un fin humano objetivado cuya producción tutela el orden jurídico mediante la asignación de poder a la voluntad para producir efectos jurídicos, sin consideración particular de la persona a quien pertenezca.²⁰

Una tesis conclusiva a modo de introducción. Si lo que se comprende en las categorías de derechos crediticios y reales son relaciones jurídicas, ambas especies requieren la estructura básica de los sujetos en oposición activa y pasiva en orden a algo, la materia que constituye su objeto. Puede decirse que la noción de derecho de crédito mira a la relación intersubjetiva, por lo cual no es inteligible sino en atención a su obligación correspondiente, mientras que la noción de derecho real mira exclusivamente al objeto para definir las modos de ser éste para el ordenamiento jurídico. Pues sucede que la institucionalización de orden normativo, es decir, su organización por parcelas, dirige unas veces la atención sobre la posición de cada uno de los sujetos con respecto al objeto, otras al régimen del objeto independientemente considerado.

En la primera perspectiva resaltan en posición prioritaria el deber jurídico y el derecho reflejo de exigirlo, con subordinación del análisis sobre el objeto, que prácticamente se abstrae confundiendo en la noción de pretensión; en la segunda se sumerge o inhibe la noción de deber para dejar en la superficie del enfoque analítico la posible o típica situación del objeto en las eventuales relaciones jurídicas, es decir, la descripción de cuales serían las pretensiones que caben a un sujeto frente a otro respecto a ese objeto, si llegara a configurarse entre ellos una relación jurídica. En este último enfoque el sujeto activo transformado en la noción de titular, prácticamente sale de la vista ocultándose detrás de la figura típica del objeto, es propietario de la propiedad, poseedor de la posesión, dueño del fundo dominante o sirviente y, he aquí, acreedor o titular de la prestación debida.

²⁰ Cfr. Georg Jellinek: Allgemeine Staatslehre. 4. Aufl. 1922. p. 421, sostiene que el Estado consigue la colaboración de los individuos o creando obligaciones o concediendo un derecho para alcanzar así sus fines, en lo cual el particular actúa como órgano del Estado, porque el bien o interés protegido emana del orden jurídico. En su obra pionera sobre los derechos subjetivos públicos (*System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2. Aufl. 1905, Neudruck), había sentado las bases de desarrollo de ese poder estatal de dominación mediante la colaboración privada.

Diversidad en el vocablo derecho. Es posible ciertamente reconocer la corrección de la teoría general sobre el concepto de derecho subjetivo y no por ello rechazar lo que con el vocablo “derecho” se significa en expresiones totalmente diversas de “derecho real” y “derecho de crédito”, como puntos de referencia a sectores diferentes del sistema normativo, es decir, “instituciones” doctrinarias.²¹

En la expresión “derecho subjetivo” como derivación del “derecho objetivo” y correlato reflejo del “deber jurídico” está involucrada toda la doctrina sobre la naturaleza o caracterización de la norma jurídica, por lo tanto es general de toda la ciencia jurídica, ya que alude a la situación de uno de los sujetos de la relación jurídica con abstracción de la atención sobre el objeto, cualquiera que sea. En la expresión “derecho de crédito” se dirige la mente hacia el sistema de las relaciones intersubjetivas que tienen por objeto una conducta con implicaciones directas o indirectas patrimoniales, por lo cual ese derecho es visto también como un reflejo de la “obligación”, entendiendo que ella es una especie del “deber jurídico”,²² aquella especie cuyo objeto es una “prestación” en función patrimonial.²³ Con la idea del “derecho real” se significa la posición de uno de los sujetos de la relación jurídica respecto al objeto que sea patrimonial.

Así, no se trata de que haya distintas especies de derecho en sentido subjetivo, sino que el vocablo “derecho” en esta acepción calificada por el adjetivo tiene significados diferentes, unas veces para referirse a uno de los elemen-

²¹ Teniendo en cuenta que el sistema del derecho se ha alcanzado progresivamente mediante el aporte de la reflexión doctrinaria sobre él, se comprende con facilidad que la doctrina ha cumplido una doble función consistente, primero, en la comprensión del objeto sobre el cual versa, después, en la construcción de ese objeto en tanto que inteligible. De allí la constatación de la transformación semántica del vocablo “institución” (*Cfr. infra*) y la referencia a la naturaleza especial de las ciencias de la cultura o del espíritu, cuando se aprecia en ellas que el interés de la investigación está motivado en forma decisiva por las perspectivas del presente y sus intereses, en virtud de lo cual es por la motivación de los interrogantes que se contruye el tema y el objeto investigado. *Cfr.* Hans-Georg Gadamer: *Wahrheit und Methode. Grunzüge einer philosophischen Hermeneutik*. 2. Aufl., Tübingen, 1965, p. 268, ss.

²² En sus apuntes mimeografiados (1965), así como en sus ilustradas lecciones universitarias, el Profesor, Doctor José Mélich Orsini, entre cuyos alumnos tuve la fortuna de contarme, defendió la necesidad de diferenciar el concepto de deber jurídico y de obligación, refiriéndose al postulado de Planiol para quien todas las relaciones jurídicas se reducen a la idea de obligación, con la crítica de que “este modo de plantear las cosas lleva, no obstante, a una confusión entre la noción de ‘deber jurídico’ que sí es una noción que pertenece a la Teoría General del Derecho y la noción de ‘obligación’, que se refiere a un campo mucho más restringido”. La caracterización de la especie “obligación” consiste, en su opinión, en que “tiene como correlato lógico ciertos derechos subjetivos también peculiares que llamamos ‘derechos de crédito’.”

²³ Sobre la debatida patrimonialidad de la obligación *Cfr. infra*.

tos estructurales de la norma jurídica, el “tipo” más general o abstracto del ordenamiento y relaciones jurídicas y en ellas a la posición de uno de los sujetos, aquel a quien corresponde la facultad de exigir el cumplimiento del “deber” jurídico, calificado por ello de sujeto activo; otras para indicar la posición de un sujeto respecto al otro en las relaciones jurídicas patrimoniales, que conforman las variables del abstracto “tipo” obligacional; otras, en fin, para agrupar o “tipificar” los modos como puede aparecer el objeto para el sujeto activo frente al pasivo en una relación, es decir, esos modos son distintos aspectos de la “tipicidad”²⁴ de situaciones de uno de los sujetos respecto al objeto de las relaciones juridificadas.²⁵

La noción de derecho subjetivo. Nuestro tema transformado en tesis obliga a plantear prioritariamente la crítica de la noción de *derecho subjetivo*, cuya definición en la introducción a las instituciones tan simple,²⁶ después de un análisis más detenido adquiere no sólo contornos bastante difusos, sino también deja ver su relatividad histórica, constatable en el hecho de haber sido ajena a toda la concepción romana clásica incluido el derecho justiniano, luego en cierto modo constatable su aparición bastante tardía con algo de incertidumbre hacia finales de la edad media.²⁷ Lo cierto es que en el tema del derecho subjetivo desde su aparición predomina un interés por aprehender más que su esencia abstracta sus manifestaciones concretas, es decir, la utilidad del concepto se revela en el encuadramiento en subsistemas, mediante la atención a las instituciones, del ordenamiento jurídico, la idea rectora de cada una, la conformación de las parcelas del poder, de la libertad o responsabilidad, como puntos conexos en que modernamente se encuentran

²⁴ Un gran interés en investigar la importancia teórica de la tipología no sólo en la estructura normativa sino también en la argumentación interpretativa, puede reconocerse desde mediados del siglo XX. De allí brota la constatación de que el concepto abstracto es el núcleo de la doctrina sobre el tipo. Como referencia a un tema que no puede ser tratado aquí con la amplitud debida, véase entre otros: Karl Larenz: *Fall, Norm, Typus. Eine rechtslogische Studie*. En: Festgabe für H. und M. Glockner, Bonn 1966, pp. 149 y ss., y Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin, 1969, pp. 423, ss. Emilio Betti: *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. (Teoria generale e dogmatica)*. Milano, 1949, p. 235, ss.

²⁵ Encuentro sugestiva en este sentido la perspectiva sobre la materia de Castán Tobeñas en su obra *Situaciones jurídicas subjetivas*, Reus, Madrid, 1963.

²⁶ Es corriente en la literatura introductoria a los estudios jurídicos encontrarlo caracterizado como el correlato de deber establecido por la norma jurídica, es decir, sería la situación del sujeto activo de la relación jurídica. Las dificultades comienzan al escindir el *derecho subjetivo* de las nociones análogas de *potestad, facultad, interés* jurídicamente tutelado, etc., o de las conexas de *acción* procesal, etc.

²⁷ Cfr. Michel Villey: *La genèse du droit subjetif chez Guillaume de Occam*. En: Archives de Philosophie du Droit, N° IX, 1964, pp. 97-127, y en *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit*. Paris, 1975, p., 240 y ss.

o aproximan la teoría y la doctrina jurídicas. Cuando se pregunta hoy qué es el derecho subjetivo se tiende generalmente a responder describiendo cómo es empíricamente, mostrando cómo se usa al extraer una conclusión de las reglas en un caso particular.²⁸ La utilidad de la indagación histórica resalta ahora, al mostrarse más como causa que como explicación de la actual aprehensión conceptual; las conclusiones antes esbozadas, sí tienen la pretensión de una síntesis contemporánea y ella brotó de las indagaciones históricas sobre los significados pretéritos y preteridos, no por ello ha de tenerse la ilusión que esa aprehensión ahora no esté vinculada a la existencia actual, que no sea el resultado de nuestra visión general sobre el derecho imbricada en la concreta de las instituciones o normativas vigentes, que haya alcanzado una formulación “lógica” intemporal, antes bien, queda en espera de su negación por la crítica, nacida de perspectivas diferentes.²⁹

Pero hay otra noción de derecho subjetivo que nace a su vez de una noción de relación jurídica distinta a la expuesta anteriormente; se habla también de relación jurídica con referencia al vínculo entre una persona y el objeto respecto al cual esa persona está o puede llegar a estar frente a otra. Es evidentemente otra acepción del vocablo “relación”, pues no designa propiamente una relación que sea al mismo tiempo social y jurídica, sino sólo uno de los aspectos de esa relación dada o posible. Lo exacto es que si por relación en general puede entenderse la conexión, enlace o correspondencia de una cosa con otra,³⁰ la relación jurídica es apenas una de las especies o modos de ser de ese género, siendo la referencia a esa mayor abstracción la que encontramos en el uso de la expresión “derecho real”, en la cual la acepción que se toma es la mera conexión de una entidad con otra, no se trata de una relación social, sino de una pura relación fáctica, aunque, por supuesto, en este sentido, o perspectiva pueden ser analizados los efectos jurídicos, siempre que se tenga en cuenta que se trata de determinarlos como posibilidad de relación

²⁸ Entre otros representantes del realismo jurídico Cfr. H. L. A. Hart: *Definition and Theory in Jurisprudence*, Oxford, 1953, p. 114.

²⁹ El mismo Hart *Op. Cit.*, presenta así la explicación de que a alguien se atribuya un derecho subjetivo en que se hayan dado siguientes condiciones: a) existe un sistema jurídico; b) alguien ha deducido que otro está obligado a hacer u omitir una acción según una o varias reglas de ese sistema y esto ha sucedido; c) el mismo sistema normativo deja en la facultad de una de las partes la exigencia de la obligación. En resumen, afirma que una proposición de la forma “x tiene un derecho subjetivo” se usa para aplicar a un caso particular las reglas del sistema jurídico (pp. 117-118).

³⁰ Es apenas una de las acepciones del vocablo, que designa en otro significado la referencia o informe que se hace de un hecho, o en un tercero el resultado de una comparación, etc. Véanse al respecto las 10 acepciones que da el *Diccionario de la lengua española*.

jurídica, la que para darse requiere la cualidad de relación social, esto es, intersubjetiva.

No es extraño encontrar esa misma polivalencia de significados en lo que respecta al derecho de crédito; por parte de juristas o el propio legislador se usa, así, con signo activo, generalmente abreviado en la palabra crédito, para designar solamente el aspecto activo de la relación, o en el significado pasivo de obligación, del cual es correlativo el crédito, como sinónimo de deuda; la referencia no es a la relación entera sino sólo a la situación pasiva, el vínculo entre el sujeto y el objeto. Esta contracción de elementos se observa especialmente para referirse al instrumento que prueba la existencia

El sentido moderno de la institución. El marco estrecho del idealismo kantiano que reconocía únicamente las funciones de la conciencia en el saber y de la voluntad en la normatividad, fue sobrepasado, en lo que podría verse como una nueva reconciliación con el realismo, por el reconocimiento de una tercera función en el actuar y producir en la sociedad, de donde nació como una alternativa epistemológica la idea sociológica moderna de la “institución”,³¹ que obedece a la intención de acentuar el positivismo, con la investigación de leyes particulares a las formas concretas de relaciones descubiertas entre los diversos grupos sociales. Partiendo del hecho empírico de que la sociedad trasciende al individuo, se postuló que la sociedad es una realidad en la cual el elemento relativamente estable está en las normas que son admitidas de un modo absoluto en el seno de cada una de las agrupaciones por sus miembros. Estas reglas de conducta social no sólo conforman para la inteligibilidad un haz de innumerables relaciones, sino que constituyen verdaderos núcleos de ordenación generada por el grupo y no por sus miembros, para quienes no son otra cosa que un ambiente imperativo, independiente de las preferencias personales, surgido por el juego de las reacciones del grupo frente a determinadas situaciones concretas y objetivadas en representaciones valorativas.³² Por tanto las instituciones tienen un ori-

³¹ El vocablo en su acepción latina fue usado por los juristas romanos para designar las obras de carácter propedéutico (*institutiones*), que por lo mismo en su elaboración presentan más claramente una composición estructurada de “temas”, guiados metódicamente por ideas o principios rectores. Etimológicamente derivado del término “*instituere*” en su acepción general de “construir” o particular de “establecer” en el ánimo (*aliquem in animum... argumenta in pectus...*) encontramos en el mismo sentido en las fuentes jurídicas el vocablo “*institutio*” con el significado de regla o conjunto de ellas, constitución o apariencia, arte y manera de las mismas (Cfr. D. 7,8,2,4: *hujus esse instituti et vitae*; C. 2,44,2,pr. *morum suorum instituta*).

³² En esta dirección se orientó la corriente fundadora de la sociología del derecho desde Emil Durkheim en sus dos obras: *Les règles de la méthode sociologique*. 1985 y *Éducation et sociologie*. 1922. (Cfr. J. Vialatoux: *De Durkheim à Bergson*. París, 1968, *passim*).

gen que sólo puede y debe explicarse mediante una investigación histórico-sociológica en la que se diluciden los elementos determinantes de su evolución. La trascendencia de la sociedad al individuo no ha de ser entendida como una hipótesis, sino como el hecho de que la sociedad es, en tanto que elemento relativamente más estable, el origen verdadero de las normas que son inducidas, enseñadas e impuestas a la conciencia de cada uno de los integrantes de una agrupación dada; en consecuencia, se afirma que el orden jurídico se apoya sobre una justificación preformada en representaciones de su mismo modo de ser que el grupo construye como respuestas a las condiciones generales de la existencia concreta. En la otra vertiente, en la representación que los individuos se forman de lo social para la acción, construyen en su labor intelectual personal la doctrina en un intento de establecer enclaves de continuidad aprehensible dentro de la variedad social y la discontinuidad histórica, a lo cual se exige el cuidado de no pasar por alto que los objetos que estudia están siempre en situaciones determinadas y condicionales, ofrecen niveles múltiples y cambiantes como en un caleidoscopio incesante de interferencias e intercambios.³³

La ubicación de la distinción en el tema de la patrimonialidad gravita sobre la discusión actual. La doctrina predominante inicia la exposición tradicional de las disciplinas académicas sobre los bienes y sobre las obligaciones ubicando los derechos subjetivos que en ellas se estudian, a los cuales se califica respectivamente como derechos reales y derechos personales o de crédito, dentro del género próximo de los de naturaleza patrimonial. Poca o ninguna diatriba se constata en torno a que la expresión de “derechos reales” se refiera a una mera especie de la categoría de derechos que se denominan patrimoniales, pues se caracteriza, según la opinión común, por consistir en un poder inmediato del titular sobre una cosa. La etimología del vocablo que los califica (*res*: cosa) no sólo da lugar a entender derechos sobre las cosas, sino el reconocimiento de un derecho real es criterio para asignar ese derecho al patrimonio del sujeto que lo detenta, por lo que en verdad hay una tautología en la identificación de los derechos reales como patrimoniales.

³³ La orientación fenomenológica de Georges Gurvitch produjo la ya clásica observación de que no hay solamente un juego entre lo individual y lo social, sino que la síntesis de ello, lo inter-individual, es un tercer factor generador de condiciones no específicas; de allí el rechazo a la simple antinomia bipolar y el reclamo de un pensamiento pluralista, en que se superen tanto las falsas oposiciones lo mismo que el falso universalismo. (Cfr: Toulemont, A.: *Sociologie et pluralisme dialectique. Introduction à l'oeuvre de G. Gurvitch*. s.l., 1955)

Por el contrario, los derechos personales o de crédito, distinguidos como aquellos que atribuyen a su titular un poder que le permite dirigirse a otro sujeto para reclamarle una acción o una omisión, abre una enconada discusión sobre si ese objeto debe ser de naturaleza patrimonial o no, pues su apreciación desde el ángulo pasivo, desde la obligación, dirige la atención inmediatamente a la clásica definición romana: “un vínculo jurídico, en virtud del cual podemos ser constreñidos a pagar a otro alguna cosa conforme al derecho civil”,³⁴ cuya prestigiosa difusión la ha convertido en un paradigma conceptual, verdadero tópico inapartable, y no encierra en sus linderos la exigencia del carácter patrimonial, aunque tampoco lo excluya. Una de las causas del debate está en la separación de la noción de “obligación” de la del “deber jurídico”, de la cual aquella es vista como una especie o, en posición opuesta, la fusión de los dos conceptos. Otra causa puede verse en la posición que se adopte de distinguir la “relación jurídica” de la “obligacional” o confundirlas.

La noción de obligación nos lleva, casi naturalmente, a la de deber jurídico, con la que guarda una relación de especie a género si se la considera en el sentido de que supone un sometimiento del deudor, quien debe observar una conducta determinada, impuesta por la prescripción de una norma jurídica, orientada, específicamente, a satisfacer una necesidad del acreedor. Alguna discordancia se suscitó desde la consideración puramente formal de la norma jurídica como un juicio hipotético³⁵ que dispone el deber ser (*sollen*) de la sanción,³⁶ puesto que en ese esquema lo que se prescribe no es la conducta que cabe bajo la denominación romanista de obligación, pero sin romper el punto de partida epistemológico formal, la corrección vino de la ampliación del significado normativo mediante la interpretación que deja ver su substrato de significación, aunque esa interpretación no ha de tomarse en el sentido subjetivo sino en el objetivo “es suministrada por los mismos he-

³⁴ Debida a Ulpiano, jurisconsulto de finales del periodo clásico (siglo III d. C.): “*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate astringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*” y reiterada en las Instituciones de Justiniano (3,13).

³⁵ V.gr: en las primeras obra de Kelsen, anteriores a la primera edición de la *Teoría pura del derecho* (1934). Cfr: en especial *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz*. 2. Aufl. Tübingen, 1923.

³⁶ Originado en la minuciosa dilucidación de la tipicidad penal como garantía del positivismo, el normativismo distinguió entre la ley que dispone la sanción y la norma implícita que prescribe una conducta, el deber cuya inobservancia es condición de la sanción. Luis Jiménez de Asúa remonta a la doctrina de Binding la diferenciación entre ley y norma (*La ley y el delito*. 3a. Ed. Buenos Aires, 1959, pp. 77 y ss)

chos y se anticipa a la que deberá establecer un examen científico”.³⁷ En adelante el normativismo puro admitió en el lenguaje de la norma el “deber jurídico” como significado de dos prescripciones, una que tiende a lograr de las personas la observancia de una conducta, cuya infracción es condición de la otra, según la cual alguien debe ejercer un acto sancionatorio en el caso de infracción primera.³⁸

Tales reorientaciones del normativismo dan elocuente reconocimiento a la noción tradicional positivista del deber jurídico que presenta como nota distintiva la sola condición de estar el sujeto compelido a observar un determinado comportamiento, acción u omisión, impuesto por una norma jurídica, que siempre hará referencia a su conducta exteriorizada hacia terceros,³⁹ bajo amenaza de una sanción. Y así, dentro de la categoría de deber jurídico, es posible distinguir tres situaciones diferentes: a) El llamado deber jurídico general, que representa la categoría más amplia y que “expresa la idea de la fuerza obligatoria de las normas jurídicas, su vigencia y realización en la comunidad social”,⁴⁰ se estatuye por la necesidad de la convivencia con carácter general, incumbe a toda la colectividad, carece de contenido patrimonial y se traduce en un régimen de sanciones de diferente naturaleza para quien lo transgreda (v.gr., el deber de respetar las leyes de no interferir en los derechos de los demás, etc.); b) Los deberes jurídicos particulares que ni en sí mismos ni en conexión de correspondencia con otros sean de carácter patrimonial, y se imponen a determinada categoría de sujetos en razón de su vinculación con otros, a quienes se faculta para actuar o no el proceso sancionatorio de la infracción, en virtud de lo cual se les reconoce un derecho subjetivo reflejo. (El deber de fidelidad entre cónyuges, el deber de obediencia a los padres de los hijos bajo su potestad, etc.); c) Finalmente, siempre en el sendero desde el género hacia la especie, encontramos una tercera categoría de deberes, más específicos, que se imponen a ciertos y determi-

³⁷ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*. (Trad. castellana de la edición francesa de 1953), Buenos Aires, 1960. p. 38.

³⁸ En la segunda edición Kelsen insiste en esa dirección mejorándola al considerar que el sentido del “deber jurídico” resulta de la concatenación de las normas de obligación con las permisivas, las facultativas y las que determinan los linderos de la responsabilidad, las tres últimas dependientes en tanto que estatuyen condiciones de los actos coactivos. *Cfr.* *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl, Wien, 1960. (Nachdruck 1970.), pp. 120 y ss.

³⁹ Se trata de la cualidad heterónoma u objetiva de la norma jurídica mediante la cual se encuentra la diferencia con el deber moral que es, por definición, subjetivo y autónomo, sin que obste a esta conclusión el hecho de que pueda proyectar sus consecuencias hacia terceros.

⁴⁰ Antonio Hernández Gil: *Derecho de obligaciones*. Madrid, 1960, Vol. I, p. 58.

nados sujetos, quienes deben realizar una conducta determinada, con la finalidad de satisfacer un interés de otro de significación patrimonial: a este tipo de deber jurídico particularizado es al que se llama obligación.

Hasta este punto la connotación de la patrimonialidad no choca con la visión del derecho de crédito como una relación intersubjetiva, cuyo objeto en la especie es patrimonial al asumir la correlativa obligación la fisonomía de “deuda”, es decir, conducta con interés económico para el acreedor. Pero la polémica se desata cuando la idea de “deber” se retira de la obligación para hacer radicar el derecho del acreedor no en ese correlato, sino en donde reside su interés económico, en la responsabilidad patrimonial, en base a lo cual se ve la obligación con apoyo en estudios históricos como la relación entre un sujeto y una cosa —el patrimonio del deudor considerado como “bien”— en una noción perfectamente asimilable en la definición tradicional de los derechos reales.⁴¹

2. CORRECCIÓN EN LA ATRIBUCIÓN AL DERECHO ROMANO DE LA DIFERENCIA CONCEPTUAL

Carencia del concepto de derecho subjetivo. Falta en la terminología de las fuentes romanas una expresión equivalente a nuestra noción de “derecho subjetivo” y se ha debido sobre todo al trabajo de la pandectística desde finales del S. XVIII y primera mitad del S. XIX⁴² el esfuerzo por traducir en forma actualizada los conceptos procesales romanos, intentando descubrir tras el significado literal de las fuentes justinianeas una acepción romana del vocablo “*ius*” en sentido subjetivo. Verdad es que este término, de antiguo y oscuro origen, se enriqueció progresivamente en la doctrina de juristas y en cierta manera dentro de sus múltiples significados puede dejar deducir la alusión a una situación del actor en el proceso, pero nunca aparece con la tajante y explícita intención de la doctrina contemporánea la confrontación del derecho en sentido objetivo y subjetivo.⁴³ Podría decirse más bien que la equidad (*aequitas*) es empleada en los formularios edic-

⁴¹ “Para formular el concepto de la obligación busca esta teoría el punto de actuación de la coacción. No lo encuentra en el deber, ya que es posible el incumplimiento. Lo encuentra, en cambio, en la responsabilidad, que es el fruto directo de la coacción” Hernández Gil, *Op. Cit.* p. 63.

⁴² Dernburg, Savigny, Ihering, Windscheid, y de entonces en adelante ya modernamente la doctrina procesalista como en Carnelutti, quien efectúa una verdadera y original prolongación de los postulados doctrinarios de aquéllos.

⁴³ Aunque, por ejemplo, se intenta contraponer al “*ius quo populus Romanus utitur*” el “*alicui ius esse utendi fuendi*”...

tales con un significado alusivo a la adecuada consideración de la situación subjetiva y es con ella que los pretores se oponían al rigor del derecho objetivo (*ius*) del que se deduce la noción de justicia (*ius-titia*); *aequitas* fue una alternativa frente al *ius*, lo que no era la *iustitia*,⁴⁴ pero de una elaboración doctrinaria que se dirigiera a ver el “*ius*” en su doble significado de objetivo y subjetivo no ha quedado nada.

La exposición de esta situación cultural aparecería extraña, cuando no infundada si, siguiendo la tradición pandectista continuase una tergiversación del pasado con nuestra visión actual. Muy difícil, ciertamente, ha sido para la crítica contemporánea depurar el agregado interpretativo formado durante siglos; al respecto sólo es posible ofrecer una síntesis de razones principales, teniendo en cuenta que ello no ha de ser tomado en modo alguno como la pretensión de arribar a resultados históricamente incontrovertibles, o que en ellos tenga al menos éxito la intención interpretativa desinteresada;⁴⁵ más bien puede servir para dar una idea de los medios por los cuales la fuente ideológica que motivó la interpretación precedente comienza a superarse y al mismo tiempo se muestre la dirección en que un “nuevo” presente busca su representación en el pasado, para dar con ello autoridad y trascendencia a su especulación doctrinaria.

Deficiente objetividad en la primera idea del derecho expresada como “ius-fas”. La etimología de la palabra “*ius*” es incierta y muy discutida.⁴⁶

⁴⁴ Quizás a ello se deba que la equidad (*aequitas*) haya sido un tema preferido de la ética cristiana emparentado con la caridad, que prolongó sus derivaciones hasta, en alguna medida, fructificar en la noción medieval de derecho subjetivo

⁴⁵ Cfr., *supra* nota 21. La historia puede ser entendida en sentido amplio como el modo en que el hombre concibe el pasado, o en sentido restringido como una forma específica de alcanzar la comprensión del mundo, mediante la “re-construcción” o “re-producción” del pasado. Cfr. Johan Huizinga: *Im Bann der Geschichte. Betrachtungen und Gestaltungen*. Amsterdam, 1942.

⁴⁶ Walde-Hofmann: *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*. 3. Aufl. Heidelberg, 1954, da “*ieu*”, a su vez del sánscrito “*yōh*”, que expresa claridad o pureza, como la más probable raíz indoeuropea Cfr. con abundante lit. Orestano, Ricardo: *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*. Milano, En: *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, N° 46, Roma, 1940, pp. 194 y ss. Este término de “indoeuropeo” está sustituyendo con éxito el de “indogermánico”, pues expresa mejor el significado de las indudables coincidencias comprobadas por la glotología en sus primeras entusiastas investigaciones, que interpretadas tendenciosamente sirvieron de apoyo a la tesis original del arianismo. Hoy se considera imposible suponer en las primitivas voces germánicas conocidas una antigüedad mayor que las del griego y latín arcaicos, más bien se presume un idioma anterior absolutamente desconocido, apenas deducible de las analogías entre los conocidos, del cual derivaron primero lenguas difundidas sobre el Mediterráneo europeo y después los dialectos germánicos conocidos. En conclusión, que no es posible afirmar sobre los conocimientos glotológicos que las elementales culturas germánicas de los tiempos históricos muestren con propiedad las condiciones germinales de las culturas greco-latinas.

En las inscripciones y textos latinos antiguos con frecuencia aparece el binomio “*ius-fas*” como un concepto que reúne dos aspectos de ciertos actos con virtualidad religiosa y social. En la primitiva y elemental comunidad del Lacio, imbuida de un espíritu mágico-animista, esa expresión parece haber significado una situación de apacible claridad en que no ha de temerse el poder oscuro de los espíritus vengadores del mal. *Ius* aludiría al rito que es preciso ejecutar para alcanzar ese estado de aprobación y clara paz en la esfera religiosa; la pureza sacra (*fas*) se alcanza, pues, por medio de la acción ritual correcta.

De esa vaga y mítica intuición de la trascendencia al mismo tiempo social y religiosa de los actos humanos, aunque lo cierto es que deriva nuestra actual apreciación de presunciones no suficientemente documentadas que buscan indagar un poco el modo como debió haberse despertado la razón del hombre primitivo, mezclando intuitivamente razón y afección en las esferas de la realidad y la fantasía, el término de “*ius*” derivó, al impulso de la dirección de la progresiva laicización del poder organizado en la Roma arcaica, hacia la designación de los actos rituales que impusieron la autorización de la auto-defensa y, por lo mismo, el concepto implicado en el término se trasladó al significado concreto de la cualidad de pulcritud (*iustus*) del acto de intervención privada sobre una persona o una cosa, en virtud de estar justificado por una tradición (*mores*)⁴⁷ que la sociedad reconoce; de allí más tarde, en un proceso de transposición corriente en la evolución de los idiomas, el significado de *ius* adquiere el sentido abstracto de orden normativo, germen de nuestro concepto de Derecho pero no idéntico a él.

Mas como en todos los pueblos, también en Roma comienza la historia sin diferenciación sistemática entre el derecho y el proceso, por una parte, y entre el proceso y la defensa privada (autodefensa)⁴⁸ por la otra. En el primer aspecto puede decirse que el derecho se confunde con el proceso, no tanto porque lo que hoy distinguimos como la regla de conducta se reconoce en el acto que invoca la intervención de la autoridad pública para regular el conflicto entre los ciudadanos, sino ante todo porque la idea del “derecho” (*ius*) sólo comienza a formarse, a aparecer distinta, en la variedad regulada de las

⁴⁷ La noción que se apoya en el término “*mores*” fue primitivamente equivalente al griego “*temis*”, Cfr: Jacques Ellul: *Histoire des institutions*. 3ème éd, Paris, 1970, Vol. 1-2, p. 223, ss. La palabra misma ha sido traducida por costumbre, mas obsérvese la sugestiva conservación de su raíz en la etimología castellana de moral.

⁴⁸ El neologismo en el significado de defensa por sí mismo, subraya la diferencia entre la coerción jurídica privada y la pública.

formalidades o ritos que hacen “público”, es decir, exhiben un reclamo de reconocimiento de la necesidad de defenderse ante el “pueblo”, como base social de la organización de la incipiente forma de Estado (*civitas*). En el segundo aspecto, el proceso nace como una ordenación pública limitante y vigilante del poder privado en la defensa de sus derechos, frente a intromisiones y lesiones ajenas. Por lo tanto, en sus primeras etapas no se dirige a procurar un medio de acción pública coercitiva para el dominio de la posición contraria al derecho, sino simplemente una autorización para el ejercicio del poder propio de defensa.

En ese ambiente es explicable que si la norma jurídica, su formulación, había dependido al comienzo de la función jurisdiccional y por lo tanto del proceso, en algún momento el derecho como ordenamiento normativo (*ius*) adquirió una relativa autonomía conceptual vinculándose con una actividad distinta, la legislativa comicial, especialmente a partir de la aceptación de ella como engendradora de acuerdo general del pueblo romano, quizá desde la probable Ley de las XII Tablas, y la jurisdicción pasó a entenderse como la tarea de reconocerlo, es decir, declararlo e interpretarlo (*iurisdictio*). En esa evolución no es de extrañar entonces que lo que nosotros hoy consideramos el efecto directo del derecho objetivo, la otra cara de la moneda, la noción de derecho subjetivo, se mantuviese oculta, en estado puramente latente, detrás de una organización del proceso jurisdiccional, en el cual se insertan, prácticamente diferenciadas pero sin distinción teórica, por una parte la declaración del magistrado al mismo tiempo reconocedora y creadora de la norma objetiva general, por la otra la declaración en apariencia meramente aplicadora pero al mismo tiempo constitutiva, en virtud del acuerdo previo de las partes, de la norma derivada concreta y particular en la sentencia. Toda esa evolución a partir del significado primigenio en la cultura latina de la época antigua fue prolongada y pasó por etapas que en simple reseña se resume en cuatro momentos ciertos o bien probables para la ciencia actual:

a) Aquella intuición apenas comprobable, remota y extraña para nuestra comprensión contemporánea del binomio “*ius-fas*”, propio de una cultura elemental que no llegaba a distinguir entre religión, moral y derecho, en la unidad indisoluble de su polícromía es agregado imprescindible en la percepción humana de la realidad, la posibilita y le da relieve. Este arcaico despertar de la razón en el análisis de la vida social ha de suponerse como un preámbulo general de toda civilización, sin dejar por eso de comprobar que el Lacio se incorpora con cierto retardo a la cultura de punta del Mediterráneo cuyo ori-

gen estuvo en el próximo Oriente,⁴⁹ dando lugar a una síntesis de lo elemental arcaico con lo más elaborado antiguo y en la que lo primero degenera rápidamente en formalismos, cuya perseverancia es sostenida por un espíritu de veneración a las tradiciones de los antepasados⁵⁰ imbuidas de valores religiosos.

b) Luego, con fundamento en la diferenciación especializada de la vida social, que alcanza los albores de la organización política,⁵¹ el *ius-fas* se conecta con el proceso civil,⁵² cuya primera manifestación es la preservación de la paz mediante la exigencia de formas y ritos externos en que se hacían evidentes las razones de su rompimiento; el rito llevaba consigo la virtud justificante de la acción de defensa del privado,⁵³ al penetrar la amalgama de todos los planos de los valores que ya hemos aprendido a distinguir en religiosos, morales o sociales, y de la normatividad. En el proceso civil, que exhibe el conflicto de intereses privados, la actuación del rito correspondiente a las pretensiones de ambos contrincantes, que todavía no se ha desprendido por entero de su sentido mágico, confería al rompimiento de la paz la cualidad de algo bueno y tolerable, es decir “*ius-tus*”.

c) La desagregación del sentido confuso del *ius* y del *fas* se produce al alcanzar la laicización del proceso civil un estadio tal, en el que se llega a concebir la acción procesal con independencia en sus efectos civiles de sus efectos religiosos y morales; ciertamente, como se verá adelante, no es que se despojara al *ius* inmediatamente de toda virtud ética, lo que ni siquiera se alcanza o desea en nuestros días, sino que se escinden conceptualmente ambos aspectos, a partir de lo cual el *ius* tiene un efecto por sí mismo que concierne a la vida civil, distinto aunque no independiente de sus efectos en el *fas*, término que conservó la referencia calificadora de las situaciones y

⁴⁹ Son ya numerosos los esfuerzos de autores contemporáneos por encajar las antiguas concepciones romanas dentro de las anteriores de los orígenes griegos, egipcios y demás pueblos que se amalgamaron en la cultura helénica, a la cual se incorpora definitivamente la latina a más tardar desde las guerras púnicas. Cfr. Leopold Wenger: *Der heutige Stand der römischen Rechtswissenschaft. Erreichtes und Erstrebtes*. München 1927, Neudruck 1970. y la reseña crítica reciente en Franz Wieacker *Römische Rechtsgeschichte*. München, 1988 pp. 10 y ss.

⁵⁰ Sobre la persistencia de la tradición en el derecho Max Kaser: *Das Römische Privatrecht*, Bd. I, 2. Aufl., München, 1971, p. 20, ss.; Franz Wieacker: *Op. Cit.*, p. 267, ss.

⁵¹ Cfr. Franz Wieacker: *ibidem*.

⁵² Aquí y más adelante la anterior literatura, recordando que *civil* como adjetivo derivado de *civitas* (ciudad-Estado, “*polis*”), alude a la apropiación del *ius* por el Estado.

⁵³ Kaser: *Op. Cit.*, p. 21, presume que en la actio sacramento originalmente las partes se sometían al castigo divino en caso de falsedad de su juramento. Cfr. *infra*.

actos mediante la apreciación con los demás valores de la vida social, los que concernían a la divinidad, a la dignidad y demás conceptos indicativos del rango y consideración social. Sobre este plano de la reflexión entonces fue posible considerar una situación de conflicto involucrada en el proceso civil desde la óptica del solo *ius*, o del solo *fas*, es decir, ya no inmanente en la acción ritual sino como los efectos desprendidos de ella, vía por la cual ambos términos pasaron a designar no la acción procesal (*actio*) sino la situación amparada por ella; en otras palabras, no el rito sino el objeto o fin del mismo. Fue entonces cuando con la expresión “*ius est...*” se significó el concreto “derecho” que concierne a un ciudadano romano, confusamente a la vez objetivo y subjetivo, y con la expresión “*fas est...*” se designó su valoración religiosa y ética.

d) Cuando progresivamente ambos términos en su significado escindido propio se vieron involucrados en la reflexión sobre las causas y condiciones que permitían predicar de algo que fuera “*ius*” o “*fas*”, es decir, cuando se abrieron cauces a la doctrina, esos mismos términos se utilizaron con preferencia gradual progresiva para designar el objeto de tal especulación, lo que reconoceríamos hoy como el ordenamiento normativo, causa y condición de la cualidad del hecho social. Mas como los juristas romanos no alcanzaron a concebir la unidad estricta del orden jurídico y la diferencia con el conocimiento del mismo, la única definición que en las fuentes se nos conserva es aquella de Celso: “el derecho es el arte de lo bueno y equitativo” (*ius est ars boni et aequi*),⁵⁴ en la que el significado antiguo de “arte” indica el conocimiento práctico de algo y alude más a la doctrina de las reglas que a las normas en sí mismas. Por ello mismo, hay que observar que el derecho (*ius*) que los juristas romanos contribuyeron a desarrollar con su actividad dictaminadora y su producción literaria se enriqueció progresivamente con perspectivas, divisiones no estrictamente sistematizadas ni persistentes en su contenido, dentro de las que cabe indicar especialmente la evolución de las esferas del derecho civil (*ius civile*), del derecho honorario (*ius honorarium*), del derecho de gentes (*ius gentium*), del derecho natural (*ius naturale*), del derecho divino (*ius divinum*), del derecho sacro (*ius sacrum*), del derecho pontifical, (*ius pontificium*), etc., para las que predomina el criterio diferenciador de la fuente productora; también los ámbitos del derecho quiritorio (*ius Quiritium*), del derecho civil (*ius civile*), del derecho del Lacio (*ius Latii*), del derecho itálico (*ius Italicum*), del derecho provincial (*ius*

⁵⁴ D.1,1,1, pr.

provinciale), etc., desde otra perspectiva que atiende más a la situación de los sujetos frente al orden normativo; y aún nos quedarán otros diversos puntos de vista de orden sistemático doctrinario como las divisiones del derecho público (*ius publicum*) y derecho privado (*ius privatum*), del derecho escrito (*ius scriptum*) y derecho no escrito (*ius non scriptum*), derecho estricto (*ius strictum*) y derecho equitativo (*ius aequum*), etc.

La concepción romana de la acción (actio), anteponiéndose, sustituye y retarda la idea del “derecho subjetivo”. Como ciertamente no es posible desentrañar con evidencia los orígenes amalgamados de lo que posteriormente se aprendió a distinguir en juridicidad sustantiva y adjetiva, una hipótesis muy difundida entre los antiguos historiadores del proceso suponía que la primitiva autotutela de los poderes privados en los comienzos de la organización pública fue desplazada por el creciente poder de ésta a los casos excepcionales de la legítima defensa y, en la normalidad de los demás, forzó a ocurrir ante sus autoridades para obtener una sentencia que la autorizase.

Mas tal transición directa e inmediata de la contención “privada”, de raíces preestatales, a la jurisdicción “pública”, dirigida por el gobierno de la “*civitas*” con los instrumentos del “*ius*”, no ha podido ser probada históricamente y los autores recientes encuentran más bien indicios tempranos muy probables en las instituciones civiles antiguas, al menos entre otros pueblos del Mediterráneo como se deja deducir entre los egipcios y los griegos,⁵⁵ de que entre ambas formas de justicia se difundió una forma intermedia, impuesta por la fuerza coercitiva de las costumbres, la moral, la religión y lo que hoy distinguimos como presión social, en la que los privados en conflicto se veían precisados a designar de común acuerdo entre ellos un tercero, para que tomara la decisión correspondiente; con calificativos contemporáneos se diría entonces, que la jurisdicción privada arbitral precedió a la pública, luego subsistió en el trasfondo de la pública creando en ella una situación de equilibrio del poder privado con el público y, finalmente, cuando el poder de la jurisdicción pública se impuso sobre el dominio privado confiando todo el procedimiento al magistrado convivió, desde entonces y con mutaciones sucesivas hasta nuestros días, como una alternativa a elegir por las partes en conflicto.

Esta segunda hipótesis nos aclararía por cuál razón hasta bien adelantados los tiempos históricos todavía encontramos concurrentes y complementán-

⁵⁵ Cfr. la sugestiva exposición de Erwin Seidl: *Römische Rechtsgeschichte und römisches Zivilprozessrecht*. 3. Aufl., Köln, 1971. Así como la rica investigación de H. Levy-Bruhl: *Recherches sur les actions de la loi*. París, 1960.

dose los poderes privado y público en la organización de la justicia civil; porque esta complementariedad fue especialmente prolongada en materia de los que fueron considerados conflictos privados (*iudicia privata*), en contraste con las materias de interés público, esto es, de la colectividad de ciudadanos como pueblo (*iudicia pública*), enteramente sometidos a la autoridad; y por qué el sentido de la evolución en la jurisdicción civil privada fue hacia el incremento de la injerencia del magistrado en los ámbitos que defendía para sí el poder autónomo privado.

Desde el comienzo en las potestades públicas, en el poder civil (del rey, de los magistrados) encontramos que está ínsita la facultad coercitiva, de ordenar a los ciudadanos el acatamiento de los deberes que su condición de tales les impone, y someterlos a castigos si los violan. El ejercicio de este poder no estaba condicionado por principio a ningún procedimiento prescrito, aunque con el tiempo, mucho más tarde en comparación con la organización del proceso privado, también llegó a desarrollarse para evitar la arbitrariedad en el ejercicio del poder público de coerción.

En cambio, el juez privado no alcanzó nunca un poder de coerción, puesto que su potestad estaba sometida a la voluntad de las partes. La sentencia, que él pronuncia, por sí sola no es ejecutable y sólo vinculante para las partes en cierta manera, en razón de que se sometieron a ella, es decir, prometieron aceptarla y se dieron garantías de cumplimiento. Sólo cuando llegó por ampliación del ámbito de injerencia del poder público (civil) a colocarse junto al juez privado un magistrado con poder de coerción fueron forzados los privados a aceptar una designación del juez por el magistrado y a aceptar la fuerza vinculante de su sentencia. Es decir, que esa segunda etapa supuesta recientemente por parte de los romanistas, intercalada ya en tiempos de la organización ciudadana entre ella y la preciudadana, habría alcanzado sólo a imponer al poder de los privados en la defensa de su dominio e intereses los siguientes aspectos del proceso: a) El ejercicio del poder coercitivo privado sólo es legítimo, sin acción, en los casos reconocidos por la tradición como evidentes, en los demás casos previa acción; b) Probablemente las primeras acciones se limitaron a la autorización de la coerción privada, eran lo que llegó a llamarse posteriormente en la doctrina romana acciones ejecutivas y aún hoy en día procesos de ejecución; quedaba enteramente en el ámbito de la autonomía privada el esclarecimiento de las pretensiones y la designación de un tercero (árbitro) para decidir sobre ello; c) Con el incremento del poder de la “civitas” sobre el “dominio” privado se crearon acciones dirigidas a la designación de un juez por el magistrado y el otorgamiento de garantes por el consecuente sometimiento del perdedor a la sentencia del juez; en estos

casos entonces la acción ejecutiva no podía ejercerse sino después de tener una sentencia a su favor, es decir, en virtud de la cosa juzgada; a estas acciones se les llamó cognitivas, porque al juez se confiaba por la “civitas” el conocer, decidir cuál de las partes en el proceso tenía razón; d) En estas acciones surge entonces la distinción de dos etapas en el proceso, ante el magistrado (*in iure*), luego ante el juez, (*apud iudicem*); e) Así la historia del procedimiento judicial en el derecho romano antiguo debe verse como una mezcla en que encuentran equilibrio transaccional, bien original, los valores de jurisdicción privada y de la pública. El proceso se limita entonces a las siguientes funciones:

a) Estrictas formalidades, desde el inicio vinculadas con virtudes religiosas (*ius fasque*), se instauran como requisito autorizatorio del ejercicio de la coerción privada. Sólo cuando se han satisfecho los ritos procesales es que la violencia de uno frente a otro deja de tener el carácter de lesión ilegítima en la esfera ajena. Por eso, desde el principio, la ejecución de las formalidades procesales se denomina acción (*actio*), es decir, lo que hay que realizar para legitimar la ejecución de la coerción.

b) La autoridad pública extiende su intervención al examen de la situación jurídica de los contendientes, sólo cuando de la situación en conflicto el derecho del actor no aparezca evidentemente manifiesto.

c) El derecho del actor al ejercicio de la coerción es indiscutible y no requiere, por manifiesto, de examen por la autoridad pública, en todos aquellos casos en que ha sido pública y notoria la injerencia ajena en la situación del actor, como en los supuestos de delito constatado por terceros en su ejecución (v.gr.: *in fraganti, furtum manifestum*), o en la ejecución de negocios que consten pública e indiscutiblemente (v.gr.: con las formalidades *per aes et libram*).

d) En los demás casos la coerción privada debe estar precedida de un proceso dirigido a la constatación de la situación jurídica, del derecho a ejercer la coacción.

Los motivos de la distinción doctrinaria de las acciones reales (in rem) y personales (in personam). Las noticias, muy posteriores, atribuyen a los primeros tiempos un sistema de acciones creadas por la ley y recogidas ya formalmente en las XII Tablas. Estos ritos o procedimientos se reservan exclusivamente a los ciudadanos y son de derecho estricto, expresión por la cual se da a entender una rigurosa formalidad constituida por actos o gestos

simbólicos acompañados de palabras solemnes, a cuyo defecto se atribuye ineficacia para la producción del fin de la acción. Los manuales corrientes hasta nuestros días señalan cinco acciones de la ley, pero los textos romanos del período clásico nos dejan entrever la existencia de otras, cuyo conocimiento en detalle no nos ha sido legado, aunque hasta el período clásico quedaron como presuntas supervivencias históricas muy oscuras un proceso *centumviral* y una *legis actio damni infecti* (Cfr: L-B,325 ss).

De las cinco acciones de la ley (*legis actiones*) conocidas, tres se dirigían a la constatación del derecho reclamado:⁵⁶ a) de juramento (*per sacramentum*); b) para solicitud de un juez (*per iudicis postulationem*); c) por intimación (*per conductionem*); y dos son meros medios de ejecución, es decir, autorizatorios de la coacción privada: a) de captura personal (*per manus iniectionem*); y b) de toma de prenda (*per pignoris capionem*). Interesan a los propósitos de este estudio primero la acción de juramento y luego la evolución de su forma posterior en las acciones para solicitud de un juez y por intimación.

1) Por juramento o sacramento (*per sacramentum*), fue hasta hace poco la más conocida de las acciones de la ley. El nombre proviene del hecho que, en la forma primitiva, las partes ante el magistrado (*in iure*) y en presencia de testigos juraban la veracidad de sus afirmaciones recíprocas. En tiempos históricos el juramento era sustituido por una apuesta, que conservó el nombre de “*sacramentum*”, sobre el objeto en discusión; cada parte depositaba en el templo (*in sacro*) un determinado valor, más tarde una suma de dinero, que sólo el vencedor en el juicio podía después retirar, mientras el vencido debía dejarla como pena en beneficio del tesoro público.

Su característica más resaltante fue así la simetría procesal con que actuaban las partes, puesto que ambas hacían la misma afirmación de ser suyo algo, en tiempos arcaicos posiblemente sin distinción entre personas, animales y cosas, o entre situaciones jurídicas y fácticas, en todo caso supeditando de la misma manera la veracidad de sus afirmaciones a un juramento sacral (*sacramentum*), con el que dedicaban algo de valor mayor a la divinidad para el caso de que no resultase cierto lo afirmado, en una primera

⁵⁶ La denominación corriente entre los romanistas actuales sigue siendo la latina, pero encuentro bien justificado presentar una traducción en idiomas actuales, cuando no se trata de temas exclusivamente romanistas. La que aquí se propone busca preservar el significado más que la literalidad sin volver la espalda a ésta.

época, después, cuando se desarrolló la economía monetaria la ofrenda consistía en una suma de dinero.

Ese objeto del que se jura por cada quien ser suyo, debía estar presente en forma real o mediante una representación de él y, entonces, se planteaba el problema de quién había de conservarlo durante el litigio, sobre lo que el magistrado resolvía mediante la atribución interina de la tenencia a cualquiera de los litigantes según su discreción, obligando al que lo recibía a otorgar en favor de la contraparte una garantía personal de devolución para el caso de perder el litigio, consistente en los fiadores del juicio y las vindicaciones (*praedes litis et vindiciarum*). Eventualmente podía confiarlo a un tercero en calidad de depositario (*sequester*), mientras se decidía a cuál de las partes debía corresponder.

El juez es llamado a pronunciarse acerca la justicia o injusticia de los juramentos en su sentencia y con ello decide implícitamente sobre la mejor posición de aquel cuyo juramento fue declarado justo, o en contra de ambas partes, si ninguna aportó la prueba necesaria.

Al principio el juez se designaba inmediatamente, más tarde una *lex Pinaria* fijó el trigésimo día para ello, posiblemente con el fin de dar tiempo a las partes para un arreglo amistoso de sus divergencias.

Por su finalidad esta acción de la ley se dividió en dos especies con dos fórmulas diferentes, una dirigida a la recuperación de una cosa propia (*in rem*), y la otra para la persecución de pretensiones obligatorias⁵⁷ contra alguien (*in personam*).

a) La forma por juramento dirigida hacia una cosa (*legis actio sacramento in rem*) tenía por finalidad el reconocimiento y la protección de las potestades absolutas, todas formas del dominio que se comprendían en la “mano” (*manus*)⁵⁸ arcaica; por tanto se extendió a sus derivados, la patria potestad, la mano sobre la esposa, el mancipio sobre el hijo ajeno, los objetos del dominio quiritarario, es decir, sobre los esclavos y las cosas mancipables (*res mancipi*), el derecho a la sucesión e incluso la libertad propia de la persona. El

⁵⁷ Es de suponerse que esta forma se desarrolló después de generada la noción de obligación. Cfr. Emilio Betti: *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. Milano, 1955. pp. 129, ss.

⁵⁸ Esa parece haber sido la denominación originaria y única de todas las potestades domésticas del “paterfamilias”, que con el tiempo admitió la distinción por ámbitos especializados. Cfr. Kaser: *Op. Cit.*, pp. 50, ss.

rito central que la caracterizaba consistía en la vindicación, es decir, la imposición de la vindicta (una vara) símbolo de la autoridad ínsita en el dominio o potestad de que se trata.

La función que perduró más en la historia fue para la recuperación de la cosa propia poseída por otro, de la que nos da noticia Gayo en sus Instituciones (4.16 ss.), dio lugar a la denominación posterior de *rei-vindicatio*, y sirve de modelo a la acción de la ley (*legis actio saramento in rem*) y a las demás acciones reales.

El rito imponía llevar las cosas muebles o semovientes ante el magistrado;⁵⁹ los inmuebles y las cosas que no podían por su naturaleza ser transportadas fácilmente, se las presentaba por una parte que simbolizaba la totalidad, como un puñado de la tierra, una oveja del rebaño, un madero de la nave, etc. y se vindicaba de este modo: “aquel que hacía la vindicación tenía la festuca; luego aprehendía la cosa, por ejemplo el esclavo y decía así: “*yo digo que este esclavo es mío de acuerdo con el derecho de los Quirites según su causa; así como lo he dicho, he aquí que te he impuesto la vindicta*”, y al mismo tiempo colocaba la vara sobre su esclavo. Su adversario decía y hacía lo mismo. Una vez que uno y otro hubiesen hecho la vindicación, el pretor decía “*dejad libre ambos a este hombre*”. Ellos lo dejaban y aquel que primero había hecho la vindicación decía: “*pido que digas en virtud de qué causa has hecho la vindicación*” y el otro respondía: “*yo he ejercido el derecho como he impuesto la vindicta*”; entonces, el que primero había hecho la vindicación decía: “*puesto que tú has hecho la vindicación contra derecho, te llamo al sacramento de 500 ases*” y el adversario decía de manera similar: “*y yo a ti*”.⁶⁰ Luego seguía un procedimiento por el cual se establecía seguridad para el vencedor de que la cosa le sería entregada. El magistrado entregaba el bien en litigio a una de las dos partes en posesión transitoria hasta la sentencia; esa parte entonces debía ofrecer garantes por el resultado (*prædes litis et vindiciarum*), quienes prometían que si el no poseedor era reconocido en la sentencia como el titular del derecho, le sería entregado el objeto del litigio por el poseedor vencido. Así el vencedor tenía como responsable por la entrega de la cosa no sólo a la otra parte, por delito (*vindicta falsa*), y

⁵⁹ Gai Inst. 4,16.

⁶⁰ *Ibidem*: 4,16-17 “*Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam. Sicut dixi, ecce tibi, vindictam inposui*”. “*Mittite ambo Hominem*” “*Postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris*”. “*Ius feci sicut vindictam inposui*”. “*Quando tu iniuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco*”. “*Et ego te*”.

por el doble de los frutos obtenidos injustamente, sino también a los garantes (*praedes*).

b) La forma de juramento dirigida a una persona (*legis actio sacramento in personam*) nos es desconocida, pues el texto de las Instituciones de Gayo en que debió haber tratado de ella no pudo ser leído.⁶¹ Sabemos sólo que la fórmula del actor debería haber empezado “*afirmo que debes darme*”,⁶² luego probablemente “*exijo que reconozcas o niegues*”⁶³ y al final, según hubiese sido la respuesta del demandado, “*puesto que has negado, te conmino al juramento por 500 ases*”.⁶⁴ Estas reconstrucciones que se han hecho siguiendo el modelo de la acción de juramento para perseguir una cosa (*in rem*) no se compaginan con la creencia predominante sobre la antigüedad de la forma personal, que de haber sido tan remota como se afirma por la tradición romana y haber primero estado confundida en la real, debió haberlo sido porque no perseguía el cumplimiento de la obligación como tal, sino directamente a la persona del deudor, quien para posibilitar la coerción indirecta de su deuda se ponía directamente bajo una potestad cuasidominical del acreedor;⁶⁵ entonces como derivación de la anterior, la fórmula personal de la acción pudo haber evolucionado marcadamente cuando la pretensión del actor no se dirigió más sobre la persona del deudor, sino sobre su patrimonio. Así, en tiempos arcaicos la vindicación sobre la persona del deudor pudo haberse operado en la misma forma del sacramento *in rem* y la evolución habría pasado por la modificación de la fórmula para adecuarla a la pretensión de condena patrimonial.

2) Derivaciones, posiblemente alternativas, con las que se buscó superar dificultades prácticas de la acción por juramento debieron haber sido las ac-

⁶¹ Evidentemente falta algo antes de su exposición sobre la acción *in rem*, como se deduce de su expresión al final de ésta: “*...deinde eadem sequebantur quae cum in personam ageretur*.” Ello nos deja suponer incompleto también nuestro conocimiento del rito “*in rem*”.

⁶² “*...aio te mihi dare oportere*”, según una noticia de Valerius Probus comentada en Girard, *Textes de droit romain*. 4ème éd., París, 1913, p. 216.

⁶³ “*postulo aias an neges*”.

⁶⁴ “*quando negas, sacramento quingenario te provoco*”.

⁶⁵ Es la tesis predominante hoy, a partir del momento en que los estudios germanistas sobre la disociación del “débito” y la “responsabilidad” inspiraron a los romanistas sobre el proceso de gestación del concepto de “obligación” a partir de las potestades domésticas. Cfr: Otto Gierke: *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte*. Breslau, 1910 (Neudruck, 1969) Emilio Betti: *La struttura... Op. Cit.*, pp. 157, ss.

ciones para solicitud de un juez o árbitro⁶⁶ (*legis actio per iudicis arbitrive postulationem*) y por intimación (*legis actio per conductionem*).

a) Para pedir un juez o árbitro (*iudicis arbitrive postulatio*) el actor debía enunciar formalmente su pretensión (*causa*) y en caso de que el demandado no la aceptase solicitaba al magistrado que procediera a la designación del juez o de un árbitro, lo que también era una secuela implícita en el proceso por juramento, sólo que aquí para evitar la apuesta procesal y el riesgo de pérdida del juramento sacro, suprimido éste se hizo expreso lo implícito anteriormente. Esta acción de la ley y la siguiente forma de intimación (*condictio*) nos son mejor conocidas desde el descubrimiento, en 1933, de un papiro egipcio por Arangio Ruiz, que llenó parcialmente la laguna del papiro veronense.⁶⁷ Su ejercicio estaba reservado a las pretensiones estrictas ex sponsione, la forma antigua de la estipulación, así como a los casos de división de herencia (*familiae erciscundae*), comunidad (*communi dividundo*) o deslinde (*finium regundorum*) que la ley expresamente determinaba. Y este procedimiento era más o menos así: el que accionaba decía: “Afirmo que en virtud de la esponción tú me debes dar diez mil sestercios. Yo te pido que lo admitas o que lo niegues”; si el adversario decía que no debía; el actor entonces manifestaba: “Puesto que tú niegas, yo te pido a ti Pretor, que designes un juez o un árbitro”.⁶⁸

⁶⁶ Sobre la diferencia entre el juez y el árbitro, siguiendo la interpretación más corriente, el primero juzgaba con estricta sujeción al derecho y por tanto se pide en el caso de la esponción, negocio cuya formalidad no deja lugar a consideraciones de equidad; en cambio el árbitro era propio de la acción cuando la causa recaía sobre la partición, pues aquí las partes no se enfrentaban con afirmaciones estrictamente contradictorias, sino buscaban en común una solución de equilibrio dentro de un determinado ámbito de circunstancias y posibilidades, dando así lugar a la aplicación de la equidad. Pero también en la partición cabría la designación de un juez, si en el litigio las partes se enfrentaban con afirmaciones netamente contradictorias; al contrario, cuando la acción se admitía para reclamar con fundamento en una estipulación (*ex sponsione*) no una suma cierta, sino de una cosa determinable (incerta), o cuyo valor deba ser apreciado, habría sido preciso un árbitro, o reconocerle a juez facultades de ajuste equitativo (*arbitrium litis aestimandae*).

⁶⁷ Desde el párrafo 17 después de las palabras “...*D assibus sacramento te provoco*”, en Inst. IV, hasta 17^a.

⁶⁸ “*Ex sponsione te mihi X milia sesertiorum dare oportere aio: id postulo aies an negas*”. “*Quando tu negas, te Praetor iudicem sive arbitrum postulo uti des*”.

b) Por intimación (*per condictioem*)⁶⁹ se procedía para establecer la coercibilidad de obligaciones abstractas de dar una cosa determinada (*certa res*) o una suma determinada de dinero (*certa pecunia*). Fue posiblemente la última de las acciones de la ley en aparecer y también en ella se desiste del sacramento. Su característica estuvo en la fijación del trigésimo día para la escogencia y designación del juez. Las conjeturas sobre la fecha de creación de esta acción han resultado hasta ahora no comprobables. Una ley (*lex Sillia*) la habría instituido para las obligaciones de suma determinada de dinero (*condictio certae creditae pecuniae*) para algunos en el año 243 a. C., otros más tarde, hacia la mitad del S. II a. C. Otra ley (*lex Calpurnia*) la habría extendido a toda obligación de cosa cierta (*condictio certae rei*) unos diez años después de la ley anterior. El nombre proviene de que el actor con una declaración formal sostiene (*condicit*) frente al demandado lo que se le debe en forma abstracta: “*afirmo que tú debes darme diez mil sestercios; te pido que lo reconozcas o lo niegues*”; si el demandado no lo reconoce inmediatamente, el actor le emplaza (*condicit*) entonces para la designación del juez ante el magistrado: “*puesto que lo niegas, te convoco para designar juez al trigésimo día*”.⁷⁰ El plazo fue establecido, indudablemente, para dar tiempo al demandado de proveer al cumplimiento espontáneo.

La distinta utilidad de las tres acciones descritas para establecer la responsabilidad de un deudor, es inquirida por el mismo Gayo, quien afirma que en su época se discutía para qué la *actio per condictioem*, ya que lo mismo podría alcanzarse *per sacramentum* o *per iudicem postulationem*.⁷¹ Mas los intérpretes actuales advierten al menos dos diferencias; respecto a la primera, la facilidad de no requerirse el sacramento, con su doble desventaja religiosa y pecuniaria; respecto a la segunda, la mayor amplitud de supuestos en que se

⁶⁹ El verbo *condicere*, que da su nombre a la acción, tiene varios significados análogos; el más antiguo, ajustado a su estructura fonética (*cum-dicere*), le hace sinónimo de *denuntiare*, conforme a la etimología de Festo: *condicere est dicendo denuntiare*, que adopta Gayo: *condicere autem denuntiare est prisca lingua*; a su vez *denuntiare* expresa la idea de los vocablos castellanos “invitar”, “intimar”, “avisar”, como en Suetonio: “*condicere alicui coenam*”, o como en Cicerón: “*Hector moriens propinquam Achilli mortem denuntiat*”. Fue natural que al evolucionar el término se extendiese también a la otra acepción de anunciar verbalmente en forma de reclamo con la que pasó al castellano denunciar, y a la idea de acordarse, prometerse, como en Ulpiano, citar, emplazar etc. En consecuencia, a la denominación se ajustan ambos actos del demandante, la afirmación solemne de su pretensión y la convocatoria para la designación del juez.

⁷⁰ “*Aio te mihi sestertiorum X milia dare oportere: id postulo aies an neges*” - “*Quando tu negas, in diem tricensimum tibi iudicis capiendi causa condico*”.

⁷¹ G.I.4,20: *Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo quod nobis dari oportet, potuerimus aut sacramento aut per iudicis postulationem agere, valde quaeritur*.

admite, no sólo para las obligaciones derivadas de la esponción, sino para cualquier otro negocio o situación de la cual se derivara una deuda cierta.⁷² Que ésta fue la acción de la ley más reciente se deduce, entonces, de que se introdujo para mejorar deficiencias de las anteriores.

Conservación dentro de las clasificaciones de las acciones en la doctrina de juristas de la división en persecutorias de personas (actiones in personam) y cosas (actiones in rem). El proceso formulario a pesar de su esquema relativamente uniforme no impidió que perduraran las nominaciones de las acciones atendiendo a sus fines inmediatos ni que su clasificación siguiese el criterio autorizado por arcaicas formalidades no más practicadas. El nuevo proceso que llegó a ser el ordinario de los períodos preclásico y clásico, sin duda nació del modelo de las acciones de la ley después de una larga evolución, pues es muy probable que la transición no hubiese sido por cortes claramente diferenciables, sino que todavía en el período del derecho civil antiguo se hubiese ido admitiendo, junto al sistema, las acciones tradicionales claramente identificables por su carácter estricto en cuanto a rito y efectos congelados en las fórmulas de la ley, una especie de proceso más elástico y por ende el medio adecuado para las innovaciones exigidas por la evolución⁷³ que, por no haber sido plenamente consciente empezó a contraponerse con la denominación poco diferenciadora de proceso formulario. En esta especie de innovaciones otra, que se percibe aún en la evolución misma de las acciones de la ley, pero encontró después suelo abonado para su progreso cuando se marcó la autonomía del nuevo proceso, fue la de que, en lugar del tenor absolutamente abstracto de la legitimación o autorización para el ejercicio de la defensa privada, fue instaurándose una consideración particularizada de la materia jurídica implicada en el debate entre las partes, lo cual fue factible en buena medida porque la laicización de la autoridad en general alcanzó al proceso civil y despojó los ritos de su carácter sacro, ambiente en el cual la resistencia al cambio ha sido en todo tiempo mayor.

⁷² Como: *ex stipulatione, mutuo vel expensilatione*.

⁷³ Sin duda partiendo del modelo de las acciones de la ley, se admitió temprano, sin colisión con ellas, un proceso para los peregrinos, ya fuese que el litigio surgiese entre un peregrino y un ciudadano o solamente entre peregrinos. Esta raíz en las relaciones jurídicas con los no ciudadanos concuerda perfectamente con la mayor intervención del magistrado, con su función reguladora del proceso y con la liberación del ritual religioso, es decir, laicización y prescindencia de la fórmula legal. Además la innovación y evolución concuerdan con lo que se observa en los modos de realización de todos los actos jurídicos, de los que los actos procesales son apenas una parte, y que conforman la materia del *ius gentium* con su fuerte ingrediente de influencia foránea.

Por su origen como un desprendimiento progresivo del sistema arcaico se mantuvo ese razgo estructural que nos llama tanto la atención en el proceso romano, la separación de las dos fases, ante el magistrado (*in iure*) y ante el juez (*in iudicio*). Pero en la primera fase hay que observar un cambio radical de su función original a medida que las dos características anotadas se fortalecían, pues en ella el magistrado alcanzó un verdadero poder constitutivo del derecho, por el cual la *iurisdictio* se transforma, de un mero acto de reconocimiento de la regularidad del rito en cuanto a su ejecución y propiedad para el caso de autodefensa, en la producción de una adecuada norma (*regula iuris*) al caso particular, es decir, el magistrado construye lo que podemos perfectamente identificar como la decisión jurídica del caso en la medida en que da respuesta a la interrogante sobre el derecho a él aplicable. En efecto, se instauró más bien un medio regular por el cual se iba construyendo progresivamente por las partes ante el magistrado, y con su colaboración, la definición material de la *litis*, mediante la determinación de la pretensión del actor y su adecuación a una de las acciones reconocidas por el *ius civile* o concedidas por la jurisdicción del magistrado, con incorporación formal, correlativa y sucesiva de las defensas o excepciones que el demandado alega y el magistrado acepta; todo lo cual conduce a la cuidadosa elaboración de una norma concreta que será llevada al juez bajo el modelo de las antiguas fórmulas, por lo cual conserva su denominación.

Es casi cierto que el magistrado no asumía conscientemente una función legislativa, es decir, su acto de elaboración de la decisión jurídica del caso ante él presentado no se dirigía a crear el *ius*, ya entonces con significado distinto al primitivo, sino a aplicarlo, por lo cual sigue imperando la idea de que en la fórmula que entrega a las partes para el juez lo que hay es un reconocimiento del derecho antes que una producción de él y se sigue aplicando la denominación de declaración del derecho (*iurisdictio*) al ejercicio de su potestad. También la fase ante el juez (*in iudicio*), que culmina con la sentencia, sufre por consecuencia una transformación aunque menos importante, consistente en que la fórmula es más explícita en la regulación de su tarea.

En los textos encontramos así dos acepciones de la palabra fórmula; en un primer sentido se refiere al modelo, tal cual como figura en el edicto del pretor, que se admite con carácter general y se propone a los interesados a modo de esquema con nombres ficticios y objetos supuestos, para ser suplidos cuando se la utilice en un proceso determinado, fórmula genérica entonces, indicativa de las pretensiones que ya han sido reconocidas como

aceptables jurídicamente.⁷⁴ En un sentido más restringido se designa con el mismo término de fórmula el resultado final de la fase *in iure*, es la fórmula del proceso, el resumen estructurado según un sistema predeterminado, cuyas partes se toman precisamente del modelo edictal, pero que por su naturaleza propia de norma jurídica particular contiene, además de la designación del juez del caso, los nombres de los litigantes reales en vez de los ficticios, la indicación también determinada del objeto reclamado, y la combinación pertinente de todo cuanto alegaron las partes ante el magistrado, es decir, pretensiones y excepciones.⁷⁵

Por lo tanto, dado que la construcción de las fórmulas seguía algunas reglas de orden, que distinguían determinadas partes (cláusulas)⁷⁶ comunes, en razón de las cuales se hacía viable su clasificación; la jurisprudencia isagógica se preocupó en la ordenación de estos principios, sin haber llegado a una doctrina cerrada. En esa estructura regular la parte de la fórmula que expresa lo que se persigue con la acción, la intención del actor (*intentio*),⁷⁷ sirvió de basamento para la clasificación de las acciones *in rem* o *in personam*, porque en las primeras la intención se redactaba así: “...*si resulta que la cosa de que se trata es del actor...*”⁷⁸ y puesto que en esa intención no se mencionaba la persona demandada, la acción se consideraba real, aunque ya en la condena si se le mencionase “...*En cuanto corresponda, en esa cantidad de dinero condene al demandado a pagar al actor; si no es así absuévalo*”,⁷⁹ en cambio en las segundas la intención (*intentio*) siempre contenía el nombre de la persona demandada en estos términos: “...*si resulta que el demandado debe dar o hacer al actor...*”⁸⁰

En virtud de ello afirma Gayo en sus instituciones que la acción “*in personam*” es aquella por la cual perseguimos a alguien que está obligado con nosotros ya en virtud de un contrato, ya de un delito, porque entonces pedimos

⁷⁴ Esas fórmulas procesales, para cuya construcción sintética los juristas romanos aportaron la mayor agudeza de su ingenio, se van haciendo dúctiles y adecuadas para muy variadas aplicaciones, de modo que ellas fueron el vehículo de progreso del derecho objetivo.

⁷⁵ Se empleó al comienzo con más propiedad el término *iudicium* para designar la fórmula procesal, el uso vocablo que se remonta al tiempo de las acciones de la ley.

⁷⁶ La jurisprudencia isagógica se preocupó en la ordenación de estos principios, sin haber llegado a una doctrina cerrada. Gayo nos dejó mención de las siguientes partes: prescripciones, intención, demostración, excepción, condena o adjudicación.

⁷⁷ Gai Inst. 4,41.: “...*ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit*”.

⁷⁸ “...*si paret rem* (v.gr.: *hominem*: un esclavo) *qua de agitur ex iure quiritium Ai. Ai. esse...*”.

⁷⁹ “...*quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Nm. Nm. Ao. Ao. c.s.n.p.a*”.

⁸⁰ “...*si paret Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportere...*”.

que se nos debe dar, hacer o prestar algo, mientras que con la acción “*in rem*” pretendemos que una cosa es nuestra, o que nos compete algún derecho como el de uso o de disfrute, el de paso, de acueducto, etc.⁸¹

El derecho postclásico, ya imbuido dentro del trabajo de la alta escolástica, dejó sobrevivir la doctrina clásica y no interesa tanto en esta materia su aporte doctrinario orientado a la división de materias y la proliferación de las distinciones conceptuales más sutiles (*dividendo investigat*). La teología en su inspiración inicial neoplatónica habituó la mente a la idea de que el conocimiento verdadero no recae sobre las cosas concretas, cuya inestabilidad es inaprensible, sino sobre la esencia expresada en los términos universales referidos como modelo a la esencia trascendente. Para Cicerón, quien en la época es el autor latino por excelencia, las cosas existen por lo que ellas son (*quae sunt*), pero también por la representación que se adquiere de ellas (*quae intelliguntur*).⁸²

Diferencia de la acción romana con nuestro concepto de derecho subjetivo. El vocablo romano de acción no designa lo que hoy entendemos por derecho subjetivo y si bien la diferencia trajinada corrientemente por los romanistas, la formal externa es importante y tuvo una trascendencia histórica que se verá adelante, la más difícil de captar es la sustancial, evidente cuando se considera con los elementos conceptuales de la doctrina contemporánea que la misma acción puede ser vista como el objeto de un derecho subjetivo, debido al desdoblamiento de su función instrumental y material, es decir, que se tiene un derecho a la acción, a su vez para hacer valer un “pretendido” derecho subjetivo, que constituye su contenido concreto, su finalidad. La diferencia formal con todo no deja de tener relieve para la comprensión de la idea romana de acción que pervivió hasta el derecho justiniano; ella se debió al hecho de que faltando entonces un concepto genérico de acción, como se entiende en la doctrina contemporánea el abstracto derecho de petición a la autoridad jurisdiccional, los juristas romanos confundieron en la concreta acción nominada lo que después llegó a ser traducido, e independizado, en la manifestación procesal de un “derecho” (*ius*) en sentido sub-

⁸¹ “*In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere. In rem actio es, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, veluti utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi...*” Inst. 4,1-3.

⁸² Cfr. Ourliac, Paul-Gazzaniga, Jean Luis: *Histoire du droit privé français. De l'An mil au Code civil*. París, 1985 p. 233.

jetivo, sólo cuando dio paso a un catálogo de éstos, equivalente al de las acciones, por independencia de la noción de “pretensión” como objeto de la acción. Pero la carencia para salvar la distancia entre ambos conceptos fue más de fondo, fue sustancial, en el sentido de que las acciones no fueron vistas como “derechos” en sentido subjetivo, es decir, implicadas en los correlatos reflejos de deberes jurídicos. Históricamente derivadas del orden normativo positivo (*ius*) desde las primeras formas conocidas de las “acciones de la ley”, las acciones no se conectaron con el fin o bien que las motivaba en condición de causa y efecto jurídico, pues ya se ha visto que como medios de autorización de la coerción no involucraban la existencia de pretensión (*intentio*), dado que el “poder” autorizado de constreñir al demandado le precedía, tenía una fuente autónoma. Ese bien cuya tutela estaba autorizada en la acción era potestad, poder social de un sujeto correlativo a sujeción del otro,⁸³ tolerado por el derecho (*ius*), no era engendrado por él. Por la misma razón que la ciudad Estado (*civitas*) estaba conformada sobre un mundo social organizado (etnia),⁸⁴ la ordenación del derecho (*ius*) fue históricamente posterior al orden precedente de las arcaicas “costumbres de los antepasados” (*mores maiorum*); el imperativo de cuya observancia no se apropió el Estado (*civitas* primero, *imperium* luego), antes bien, respetó siempre como una fuente intrínsecamente autónoma, no simplemente adoptada.

Puede reconocerse que las acciones romanas tenían como contenido una pretensión (*intentio*),⁸⁵ pero en la concepción romana ese poder pretendido no está necesariamente limitado al ámbito de la acción, antes bien, se dejaron siempre ámbitos grandes de poder libre, y así el romano debía ver la acción más como limitación de la libertad que como su refuerzo. En ese sentido, partiendo de una difusa idea de libertad no normada, la institución de una acción aparecía en primer término como una “fórmula” limitativa, nominada y concreta, de regulación de esos poderes libres y, por eso, el catálogo de las acciones encerraba la enumeración de los supuestos de situaciones de hecho

⁸³ Por lo mismo opuesto a incapacidad, si se tiene en cuenta la diferencia entre conceptos jurídicos opuestos y correlativos según Wesley N. Hohfeld: *Conceptos jurídicos fundamentales...* Op. Cit., pp. 46. ss., de lo cual resulta que el concepto de poder es correlativo al de sujeción pero opuesto a incapacidad.

⁸⁴ El concepto moderno de “etnia” puede ayudar a comprender la idea original del “*populus*” romano, de la cual está mucho más distante nuestro concepto actual de “pueblo”, como se usa, por ejemplo en la prescripción según la cual éste es el “soberano”. Cfr., Jochen Bleicken: *Die Verfassung der Römischen Republik*. 6. Aufl., München, 1993, pp. 13, ss.

⁸⁵ Gayo define la “*intentio*” como la parte de la fórmula en la que el actor encierra su deseo: “*Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit...*” Gai Inst, IV, 41

reguladas y, en igual sentido la forma de la acción, su contenido simbólico era el medio definidor del significado jurídico; el derecho se expresó mediante acciones procesales.

No es entonces de extrañar que la doctrina de juristas (*interpretatio*), especialmente la isagógica, dentro de cuyas manifestaciones las Instituciones de Gayo siguen teniendo prioridad para las revelaciones de la sistematización, se mantuviese orientada por el peso de la tradición remontada a las acciones de la ley, debido al respeto que todavía en el período clásico se tenía a sus orígenes, sobre los cuales se procuró siempre evolucionar sin desconocer y menospreciar, antes bien motivo de su orgullosa identidad nacional. Fue así como se conservó después de superado, ya desde el proceso formulario, el criterio de diferenciación formal de las acciones dirigidas a hacia una cosa (*in rem*) o hacia una persona (*in personam*)

3. LA NOCIÓN DE DERECHO SUBJETIVO SURGE EN LA EDAD MEDIA

Transculturización germánica al mundo romano. En la técnica y en detalles, en la elaboración sistemática, el Bajo Imperio Romano legó a la Edad Media el caudal básico de los conceptos jurídicos, los cuales sufrieron necesariamente importantes transformaciones bajo condiciones sociales marcadamente diferentes a las de la época que los había gestado, puesto que el derecho constituye una parte integrante de la cultura general de una sociedad, y ésta a su vez se desprende de las condiciones generales de sus medios de vida, como incitación y respuesta del quehacer espiritual. La consideración de esta causa pasó desapercibida en el adverso juicio moderno sobre la falta de unidad del ordenamiento civil y sobre el descenso en la calidad doctrinaria que sucedió al desmembramiento de Imperio, en estudios más recientes se intenta reconocer bajo los títulos de particularismo o pluralismo jurídico, advirtiendo la inserción de elementos culturales de origen germánico y su impronta en la terminología, dada la época en la cual los elementos vitales más dispares permanecieron yuxtapuestos, sin fundirse, con la tradición romana.

A finales del S. IV la división entre el oriente y el occidente del Imperio se ha hecho definitiva y entonces se inicia una evolución separada y divergente en sus dos mitades: la de oriente, romana en su constitución política y griega en su lengua, helénica, en la cual el cristianismo se asienta desde temprano con características plurales propias, no sólo en la liturgia sino aun en particularidades teológicas; la de occidente en la cual desde finales del S. IV los

emperadores organizaron la instalación de los bárbaros según un régimen jurídico en cuya virtud eran considerados como “huéspedes”,⁸⁶ luego se descompone progresivamente hasta extinguirse en el último cuarto del S. V, pero en la cual el cristianismo se organiza en una Iglesia cuya autoridad cumple función unificadora desde la antigua sede romana. La instalación en ámbito occidental de los diversos pueblos germánicos conduce a la formación de nuevas estructuras políticas, los reinos bárbaros, cuya característica general estuvo en la convivencia de dos clases de población: la autóctona, un mosaico de etnias que por haber sido integradas al Imperio romano en su apogeo habían absorbido en mayor o menor grado la cultura general clásica y por ello empiezan a distinguirse con el calificativo de “romanos” (en su origen itálicos, íberos, celtas, ilíricos y aun germanos anteriores a las “invasiones” en suelo del Imperio), y las estirpes de origen germánico que ingresaron progresivamente desde finales del Principado al territorio del Imperio, designadas habitualmente como “bárbaros” (visigodos, ostrogodos, burgundios, lombardos, francos, sajones, anglos, etc.). En una primera fase cada uno de esos pueblos conservó su propio régimen jurídico, desarrollándose un sistema plural de agregados ordenamientos, bajo un principio caracterizado en su primera manifestación como el de la personalidad de las leyes,⁸⁷ pues la reforma de las instituciones en el sentido de la unidad y de la uniformidad no se presentaba ni fácil en la doctrina, ni deseada por los legisladores.

Los germanos no pudieron imponer su sistema propio, mucho más primitivo, no sólo por las características de su ingreso al territorio del Imperio, sino

⁸⁶ Tomado de la antigua tradición gentilicia y conservado con modificaciones durante la República, mientras subsistió la “*civitas*”, antes de la formación del Estado territorial, la “hospitalidad” (*hospitalitas*), produjo repartos de las tierras agrícolas entre “romanos” y “huéspedes” concediendo a éstos parte de las posesiones de aquéllos, como se percibe en la constitución de Arcadio y Honorio (398) en extracto del Código Theodosiano (7,8,5): “Los emperadores Arcadio y Honorio, Augustos a Hosius, maestro de los officios. (Ordenamos) que en las villas en donde nosotros mismos nos encontremos y en aquellas en donde se han establecido quienes nos sirven... todo propietario (romano) pueda poseer plenamente, en paz y seguridad, dos partes de su propia hacienda, la tercera debiendo ser concedida a un huésped, de tal manera que dicha hacienda sea dividida en tres partes, el propietario escogerá la primera, el huésped la segunda, la tercera quedará al propietario. En cuanto a las propiedades (casas) que sean destinadas al comercio no estarán sujetas al menoscabo de esta división: pues ellas quedarán en paz y libres de toda pretensión injusta de parte de los huéspedes, a disposición de sus propietarios e intendentes... Dado el octavo día anterior a los *idus* de febrero (6 de febrero) en Constantinopla, Honorio cónsul por la 4ª vez y Eutychiano cónsul”.

⁸⁷ Bajo la denominación de “leyes” en sentido muy amplio, derivado de la nomenclatura postclásica, se crean las bases de los ordenamientos jurídicos de las etnias que quedaron en el suelo del antiguo Imperio occidental después de su descomposición

porque para ellos éste constituyó durante siglos un ideal a renovar, perdurando en ellos el propósito, expreso muchas veces, latente siempre, de adoptar la cultura superior y las instituciones mejores que encontraron. Los hispano-romanos, los galo-romanos, los ítalo-romanos, los anglo-romanos, seguían rigiéndose por el derecho romano que progresivamente va recibiendo la impronta de la “vulgarización”, pero aún en esta versión transformada no se impuso a todos, suprimiendo o predominando sobre las costumbres de los germanos, para quienes era demasiado complejo y refinado.

La personalidad de la ley es progresivamente reemplazada por el pluralismo de estratos sociales territoriales, gremiales y, sobre todo, por la yuxtaposición de autonomías en el poder resultado de la desintegración del Imperio, que dio lugar al desagregamiento de estratos políticos, y la descomposición de la noción de “pueblo”, que retorna al significado étnico, pero ahora no exclusivo ni excluyente, permitiendo dentro de él otras formas de “comunidades”, como la Iglesia, etc. Después de algunos siglos, sin embargo, la diferencia de los pueblos se difumina en la mezcla progresiva y el vínculo territorial termina por imponerse; en todo caso ya para el S. IX las “leyes” étnicas han sido reemplazadas por un mosaico de usos locales, que evolucionan y terminan conformando lo que se ha llamado “costumbres territoriales” desde el S. XI. En una sociedad en la cual cada grupo tenderá a encontrar su identidad particular en un “estatuto” jurídico propio, las “costumbres territoriales” son vistas como un elemento de distinción y globalmente designadas con el término de “privilegio”.

Radicación de las situaciones jurídicas subjetivas; el conglomerado de derechos y obligaciones en el dominio territorial. En el crisol de las transformaciones sociales y económicas que se constituyó a partir de la disolución del Bajo Imperio se añadió como ingrediente cultural una cierta germanización, al incorporarse a la forma de concebir la constitución jurídica del suelo, el rasgo más destacado de la cultura primitiva: El colectivismo subyacente en la organización de la estirpe parental (*Sippe*), y apenas esbozos de variadas formas comunitarias menos estrictas en aldeas, comarcas, pueblos, etc., que no tenían como elemento de cohesión su sede territorial. Con propiedad, los pueblos germánicos entran en la historia organizados en comunidades que no alcanzan todavía el carácter de Estados,⁸⁸ en el estrato superior más amplio del orden social de los germanos

⁸⁸ Otto von Gierke: *Das deutsche Genossenschaftsrecht*. Neudruck, Graz, 1954, Bd. I, passim, en especial pp. 8-85. Puede verse en esto una causa determinante de que los reinos conformados ya sobre los territorios del imperio no tuvieron aversión al pluralismo jurídico étnico en su seno.

no alcanzaba todavía un carácter netamente político, la unidad de gobierno consistía en una sencilla unión restringida a pocos cometidos, no residía en el linaje étnico (*Stamm*) sino en la más pequeña comunidad aldeana (*Völkerschaft*, *civitas*), divida en centurias (*Hunderschaften*), que como en la institución homóloga romana no se conformaban por un número determinado de personas y se habían originado probablemente de divisiones en la organización militar, pero después aparecieron con funciones jurisdiccionales. Los cometidos que con nuestra terminología moderna calificamos de “políticos” se limitaban esencialmente a la organización militar y la preservación de la paz interna, ejercidos por los miembros de la comunidad constituidos en asamblea del pueblo (*Volksversammlung*) como órgano natural de una especie de democracia directa.

En esa ordenación de las comunidades superiores, lo que podríamos denominar su “derecho” (*ewa, lag*) estuvo condicionado por la circunstancia de que las estructuras inferiores más definidas no se subordinan enteramente y así en la vida del “pueblo” el colectivo prevalece sobre los individuos que figuran siempre como miembros de las comunidades de base. Se dice que la persona individual no tenía un relieve jurídico de contornos precisos, que el individuo aislado no existía entonces para el derecho, que las formas primitivas de comunidad prevalecían sobre los individuos, en las que ellos permanecían atados y absorbidos.⁸⁹

Al mismo tiempo la idiosincrasia germánica generó retorno fortalecido a una idea primitiva del “derecho” (*ewa, lag*) como el ordenamiento general de la paz fundado en el deber de auxilio o apoyo entre todos los miembros de la colectividad (*Rechtshilfepflicht*). Ese deber, como en todas las sociedades primitivas brotaba indiferenciado de las exigencias religiosas y de los valores sociales, por tanto tenía carácter sagrado y era una virtud que exigía al individuo su incondicional sumisión a la organización e intereses de la comunidad en que se integraba. La vida colectiva elemental así descrita en gruesos rasgos se desarrollaba de modo fuertemente vinculado, las indistintas formas de señorío y posesión (*Munt* y *Gewere*) en esas socie-

⁸⁹ Podría decirse que se produjo un retorno a las relaciones mediterráneas arcaicas de tinte “gentilicio” predecesoras de la organización de la ciudad-Estado; esta reminiscencia ha sido en algo causa de interpretaciones romanistas de aquellos oscuros tiempos, no comprobadas históricamente, así como de pretendidas constataciones por la etnología histórica no sólo para Grecia y Roma, sino en general para todas las culturas del Cercano Oriente.

dades de sedes migratorias representan el concepto unitario del dominio sobre personas y bienes. Los caracteres del vitalismo antiguo que se insertan en la vida medieval fueron en sus rasgos más destacados: a) El Derecho no se concibe como producto de la voluntad del pueblo, se forma en el seno de la colectividad sólo como idiosincrasia que se expresa en la noción de costumbre, en el entendido que ella no es su fuente sino su expresión, más bien le da a conocer que le crea;⁹⁰ b) Como en las condiciones originales precedentes el conocimiento del derecho no se especializó en la colectividad, él se reconocía y aplicaba por la asamblea de los libres constituida con tal fin, es decir, en función judicial (*Gerichtsversammlungen der Freien*). Todos los hombres libres conocen el Derecho, el que por supuesto no recibió el aporte especializado de un estamento como en el caso de los juristas romanos, con dos consecuencias evidentes, no se convirtió inmediatamente en instrumento de dominación y no se desarrolló como sistema normativo más allá de un cierto número de proverbios jurídicos (*Rechtssprichwörter*), conservados en una inveterada tradición oral, cuya enseñanza y difusión era asegurada mediante pregoneros (*lagsager*), que de tiempo en tiempo predicaban esos aforismos en la comunidad;⁹¹ c) No se conocen originales testimonios escritos de ese “derecho” y, aparte de los testimonios de autores latinos, su investigación se hace mediante la comparación de las escasas fuentes rúnicas escandinavas y el método de análisis orgánico de las fuentes romano-germánicas. Las recopilaciones de costumbres en el continente hasta el alto medievo se hicieron exclusivamente en latín, lo que implicaba transposición inexacta de terminología.⁹²

La fijación de sedes territoriales y la organización en contacto con las concepciones romanas desarrolló el original sistema feudal medieval,⁹³ en el

⁹⁰ Ese derecho consuetudinario (*Gewohnheitsrecht*) no es la noción romano-helénica de costumbre como fuente del derecho y mucho menos se le interpreta como manifestación de voluntad del pueblo. Es una noción menos elaborada de la costumbre, cuya analogía se encuentra más bien en la primitiva noción romana de las “*mores maiorum*” o la griega de “*times*”. Con el transcurso del tiempo la noción germánica primitiva, tal vez por asimilación de la doctrina voluntarista de las fuentes romanas, dará lugar a que los actos legislativos (*Satzungen*) adopten la forma de un contrato.

⁹¹ En algunas regiones dio la impresión de encontrar una especie distinta de conocedores del derecho con algo de especialización y aparente función creadora (*Asega, Esago*), figura muy discutida en la historiografía contemporánea. La Ley Sállica menciona en el prólogo a personas que habrían “dictado” con anterioridad el derecho sálico.

⁹² Los anglosajones llegaron los primeros, desde el S. VII, a emprender la tarea de la anotación de costumbres en lengua propia.

⁹³ El feudalismo, como en general todas las abstracciones políticas tiene formas históricas variadas, y error frecuente el pretender una identidad común, que no puede menos de generar incompreensión, debido a la falta de profundidad en la caracterización de cada una.

cual el antiguo orden del dominio familiar corporativo (*Sippe*) se conserva restringido para la clase influyente de los nobles, para los cuales la identidad de sus antepasados era fuente de privilegios sociales y políticos, en que tomó prioridad la preocupación de impedir la dispersión del patrimonio doméstico creando novedosas distinciones socioeconómicas y desigualdades jurídicas entre el primogénito y los demás hijos, entre la prole legítima y natural, con sacrificio aceptado de sus aspiraciones a la finalidad política de la familia. Respecto al dominio territorial, feudal, los derechos del señor se asentaron sobre el dominio directo, los de los vasallos en el dominio útil.

A este respecto nos basta con la indicación de dos de los resultados más destacados: El interés jurídico se concentra, en los derechos locales, sobre la organización corporativa y, como consecuencia, las relaciones personales se “radican”, siendo entendidas como inherentes a la constitución jurídica del suelo (*ius omnem est feudo percipiedi utilitatem*).⁹⁴ Éstas quedan sujetas a las marcadas diferencias de derechos en los regímenes del reino, de las iglesias, de las ciudades, de los principados y feudos, de los gremios, profesiones, clases, etc., y al reparto de las potestades jurídicas en el seno de cada una de ellas, resultado de lo cual fue que la percepción de las modalidades del dominio asumiese la prioridad sobre la identidad de lo que se persigue con la acción y del deber en ello implicado;⁹⁵ la otra consecuencia, que derechos y obligaciones de los particulares se encontraron “radicados” sobre el asiento territorial de las distintas organizaciones corporativas, así como que sobre un mismo territorio se admitiesen simultáneamente dominios y posesiones (funciones económico-sociales) de muy distinta cualidad.

Sustitución del vocablo original latino “ius” por el medieval de “directum”. En algún momento de la Edad Media baja se produjo una nueva idea, un cambio sustancial en el concepto ya milenario, cuyas causas se ocultaron en una nueva palabra como en un signo cabalístico a ser develado mediante la indagación etimológica. Las indicadas convulsiones culturales desde la disolución del Imperio dejaron subsistir en los escritos jurídicos el vocablo latino “ius”, que soportó modificaciones importantes desde su significado originario como ya se ha expuesto; pero lo que llama la atención es el hecho

⁹⁴ Todo el derecho consiste en percibir la utilidad en el feudo.

⁹⁵ De allí queda un breve paso para considerar la prelación de la noción de justicia, encarnada en el derecho subjetivo, sobre el derecho objetivo; de la cual mana éste como de la fuente el arroyo “...in iustitia ius initia habet et ex ea quasi rivulus ex fonte manat”. Fragmentum pragense (siglo XII), cita de Francesco Calasso: *Medioevo del Diritto. I, Le fonti*. Milano, 1954, pp. 6-7.

de que no quedó transportado a los nuevos idiomas que surgieron en Europa de la mezcla del latín con los distintos dialectos germánicos o de otra proveniencia, los cuales recogieron o una derivación fonética o una traducción más o menos literal de otra palabra, “*directum*”, que se había venido imponiendo en el uso del latín medieval. Fue de ese participio sustantivado del verbo *dirigere* empleado para expresar el resultado de la acción verbal, una cualidad que la acción de dirigir confiere al objeto sobre el cual opera, esto es, la cualidad de ser el objeto dirigido (*directum*),⁹⁶ de donde provino nuestro término castellano “derecho”,⁹⁷ que ciertamente no es idéntico pero se acerca más al significado corriente actual.

El trasfondo en el cambio conceptual que movió la transformación terminológica ha de ser visto en la distinta percepción del orden normativo ante las relaciones de poder dentro de la economía feudal, pues las potestades sobre el territorio son el lente a través del cual se perciben las relaciones humanas, la misma función que cumplió para el derecho romano clásico el concepto de acción. Luego, sin duda contribuyó a la generalización y mantenimiento de esta percepción la teología cristiana que impregna la visión sobre la sociedad del hombre medieval, para quien detrás de las concreciones históricas contingentes se coloca la providencia divina en función rectora la “orden universal”, síntesis de la “*ratio*” y la “*voluntas*” metafísica, orden que aparece en el plano superior para dirigir el devenir de la civilización temporal terrena hasta que desemboque y se consuma en el reino celestial eterno. Pero como tal doctrina fue más antigua, nació de la prolongada reflexión sobre los textos antiguos con los recursos de la filosofía platónica, ya ella había convivido con el prolongado sostenimiento del vocablo “*ius*” y no le era imprescindible la sustitución; pero sí refuerza la nueva perspectiva transformando los preceptos fundamentales del “*ius*”, expresados en la clásica tríada de Ul-

⁹⁶ Cfr. Cesarini-Sforza: “*Ius*” e “*directum*”. *Note sull'origine storica dell'idea di diritto*. Bologna, 1930. Investigación acuciosa con importante documentación de fuentes.

⁹⁷ Y en general en los idiomas modernos romances europeos, el italiano *diritto*, el francés *droit*, el portugués *direito*, el rumano *drept*; el alemán antiguo *reht* (actual *Recht*), de proveniencia etimológica diferente, es una traducción fidedigna del latín *directum*, correspondiéndose en todo con el significado del vocablo castellano; en cuanto al inglés la palabra *law* deriva de *lex* (*ley*) predomina para indicar el derecho objetivo, pero para la acepción derecho subjetivo se introdujo *right* que tiene reconocible reconocida proveniencia etimológica del germánico *reht*, a su vez traducción literal del latino *directum* (antiguo alemán *reht*, inglés *right*).

piano: “vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada quien lo suyo”,⁹⁸ en una fórmula integradora según la cual el primer precepto, la honestidad de la vida, se encuentra en la conformidad con la moral cristiana, los otros dos no son sino indicación de los modos como se dirige el hombre a ese fin, pues no basta abstenerse de lo malo sino realizar lo bueno al impulso de la recta voluntad⁹⁹ que ha de someterse al mandato divino como brota de la sabiduría suprema dando contenido concreto a los preceptos y las prohibiciones;¹⁰⁰ entonces es esa “preceptiva divina” la que determina o dirige los contenidos concretos del orden social (dirigido, *directum*) de todos los pueblos, sin que pueda llegar a ser posible el divorcio entre moral y derecho.¹⁰¹

Aporte doctrinario de los glosadores y comentadores. La escuela de la Glosa culminó esta significativa evolución en la historia de los dogmas y de las instituciones jurídicas, con su esfuerzo de compaginar la distinción clásica entre acciones reales y personales con el nuevo orden de las situaciones jurídicas. Así, aun cuando ello fuese un paso más dentro de las modificaciones sistemáticas de los idearios romanos, la nueva expresión dio franco reconocimiento a la inversión del orden entre el mundo del derecho procesal y del derecho material, partiendo de la idea de que toda acción debe tener fuera de sí una causa precedente, lo que lleva a una conclusión general, aparentemente lógica pero absolutamente extraña al derecho romano: La equivalencia del “derecho” y la “acción”. Sabido es que el derecho clásico romano, obedeciendo precisamente a aquella característica que le aporta la cultura helenística, consistente en la generalización y abstracción de los conceptos hasta el grado de hacerlos utilizables en la formulación teórica de las más diversas manifestaciones de la realidad, desarrolló un único y absoluto concepto de dominio o propiedad, incompatible con el punto de vista del derecho germá-

⁹⁸ D. 1,1,10,1: Ulpiano *libro primo regularum*: *honeste vivere, alterum non laedere, suum quique tribuere*.

⁹⁹ Como lo expresa el Decreto de Graciano, Dist. LXXXVI, can. XIV (Ambrosius, De officiis) “*non satis est bene velle, sed etiam bene facere. Nec satis est iterum bene facere, nisi id ex bono fonte, hoc est bona voluntate proficiscatur*”, reiterado incesantemente como se revela de la Glosa ordinaria de Accursio: “*non sufficit abstinere a malo, nisi fiat quod bonum est*” (Inst. 1,1).

¹⁰⁰ En la definición de lex de Accursio: “*sanctio sancta, praecipiens honesta, prohibensque contraria*” (Glosa non faciendorum D. 1,3).

¹⁰¹ La interpretación dada se refuerza en la observación que del término antiguo quedaron sus derivados adjetivados justo (*iustus*) y jurídico (*iuridicus*), así como los sustantivos justicia (*iustitia*), jurisprudencia (*iurisprudencia*), jurisconsulto (*iurisconsultus*), jurisperito (*iurisperitus*), etc., para expresar la conformidad o referencia con el *ius*, esto es, con la norma positiva, porque habiendo sido en su significado originario el término “*directum*” un adjetivo, no podía generar a su vez otro adjetivo que expresara la concordancia.

nico que acabamos de describir. Sin embargo, la Glosa consiguió una fusión del concepto teórico romano de la propiedad y la estructura institucional germánica de la constitución sobre el suelo, de modo tal que hizo utilizable para la práctica la teoría romana; y parece cierto, que sin ese esfuerzo, a pesar de la superioridad dogmática, muy difícilmente habría el derecho romano conquistado en este punto los tribunales.

La base para este logro exitoso fue una incorrecta interpretación de las fuentes romanas, como ha sido comprobado modernamente. Del hecho de que el derecho romano había autorizado al enfiteuta y al superficiario una “reivindicación útil” (*reivindicatio utilis*), conformada como derivación de la clásica reivindicación, se sacó la consecuencia de que esta acción se fundaba sobre un “*dominium utile*”. Esta argumentación es ciertamente aguda, aunque no sea en puridad compatible con las fuentes romanas, que resultan así alteradas en su significado, a la manera y por el procedimiento característico de la escuela, que en vez de explicar las incoherencias contenidas en los textos mediante la crítica filológica, dogmática y, más aún, histórica, busca salvarlas y dar testimonio de la verdad contenida en cada una de sus partes mediante los recursos escolásticos de la exégesis gramatical, la definición, la distinción, la ampliación o limitación del concepto, el señalamiento de causas, etc.¹⁰² Así se encuentra en la Glosa expreso el argumento, que de la denominación de la acción reivindicatoria se deduce que el dominio sea directo para el propietario, o útil para el feudatario, enfiteuta o semejantes¹⁰³

La escuela posterior de los Comentadores agudiza las distinciones en las formas del dominio real; bajo un significado lato del término se comprende todo derecho sobre una cosa corporal o incorporeal incluso derechos obliga-

¹⁰² Figuras lógicas que se recogen en el díptico destacado por Martin Grabmann en su historia del método escolástico (*Geschichte der scholastischen Methode*. Freiburg im Breisgau, 1909) y considerado por Francesco Calasso (*Medioevo del Diritto. I, Le fonti*. Milano, 1954.) y Franz Wiacker (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. 2. Aufl., Göttingen, 1967) en este respecto:

Promitto, scindo, summo, casumque figuro, *prolego, do causas, connoto, objicio*.

Su aplicación brevemente explicada habría sido así: *promitto*, lectura del texto con análisis filológico y etimológico que suministra información y decisión sobre las posibles versiones; *scindo*, análisis sistemático del significado, tratamiento lógico del tema; *summo*, generalización y construcción de las “reglas”; *casum figuro*, ejemplificación, *prolego*, habiendo devanado el hilo del significado literal, escogencia siguiendo las huellas descubiertas, lectura electiva del significado y versión más apropiados; *do causas*, explicación de las razones en la elección; *connoto*, aporte de “cognata” y “similia”, analogía (connotatio); *objicio*, solución de objeciones mediante los recursos dialécticos de la distinción y ampliación o limitación.

¹⁰³ “*Nam in suis*” al Código Justiniano 10.15.1: “*Appellatione sui accipe, sive sit dominus directo sive utiliter ut feudatarius, emphyteuta et similis*”.

torios, pretensiones, respecto a una cosa, Bartolo encuentra que la *actio Publitaniana* se apoya sobre un derecho restringido de naturaleza semejante a la propiedad, quien la tiene es titular de un “*cuasi dominium*”; mientras que con el sentido restringido se califica de dominio sólo el derecho en cosas corporales; todavía con una tercera acepción se logra tipificar la situación jurídica del nudo propietario. Aún más, la doctrina medieval trabaja dentro de las categorías del dominio una, cuya importancia para el desarrollo del derecho público es marcada; se trata del concepto de dominio eminente (*dominium eminens*) que corresponde al príncipe, más tarde al “soberano”, y primero sirve de fundamento teórico a la expropiación (*auferre rem privati*), luego de modelo a la calificación de la soberanía territorial del estado moderno, que comprende las más variadas potestades públicas, incluso la tributaria, y es compatible simultáneamente con el dominio privado sobre el mismo bien.

Como consecuencia, la oposición del derecho real, que engendra una “*actio in rem*”, a la obligación, que engendra una “*actio in personam*”, va a perder su carácter radical por la aparición de formas híbridas, entre ellas los denominados “*ius ad rem*” y “*obligationes propter rem*”.

La construcción del “*ius ad rem*” se atribuye al jurista francés de la escuela de Orleáns, Jacques de Revigny, quien buscó con el concepto resolver la tipificación de un fenómeno del derecho feudal lombardo relacionado con la distinción entre la investidura propia y la investidura abusiva. Pero, posteriormente los autores en el derecho consuetudinario francés toman el concepto para designar, por ejemplo, un derecho de usufructo e incluso el derecho del colono sobre la cosa arrendada. Volverá a cobrar actualidad en el siglo XIX, cuando los pandectistas alemanes lo utilicen para caracterizar la situación jurídica del acreedor respecto al objeto de la obligación de dar un cuerpo cierto en virtud de un contrato obligatorio, que aún no se ha convertido en propietario por la realización del negocio jurídico de efectos reales; constituye para la dogmática una especie de primer estadio débil del derecho real, en torno al cual se desarrolló una complicada distinción. En cambio, en la doctrina francesa, por efecto de la regla de la transferencia consensual de la propiedad en los actos de enajenación de un cuerpo cierto, se designó con la expresión “*ius ad rem*”, por ejemplo por Pothier, “el derecho que tenemos en relación con una cosa frente a la persona que ha contraído con nosotros la obligación de dárnosla”, es decir, un simple derecho personal.

Con la expresión obligación “*propter rem*” se designaron en general los estados de sujeción personal que se desprenden del dominio feudal, concebidos como cargas reales; una tierra “debe” servicios, determinados las más de

las veces por la costumbre. Todo el que detenta la tierra está sujeto a estos servicios. En el caso del censo, por ejemplo, si la pensión no se paga el señor no se dirige contra el deudor, sino contra el fundo mismo, procediendo en una especie de ejecución real contra las cosechas, sobre los frutos pendiente de las ramas o sobre las raíces cosechables; a su vez el poseedor del fundo puede librarse de todas esas deudas abandonándolo o dejándolo, lo que se explica justamente por el hecho de que se estaba solamente obligado "*propter rem*". Por su misma naturaleza la obligación recae indefinidamente sobre el inmueble, cualesquiera que sean las manos a las que éste venga a parar, y se concede al acreedor una acción mero declarativa especial contra quien detenta el inmueble, para que reconozca la existencia de la obligación.

4. CONDICIONES IUSNATURALISTAS DE LA DIFERENCIACIÓN

Bases doctrinarias y su evolución. El inicio de la época moderna con sus profundas transformaciones materiales que indujeron una nueva concepción del mundo marca también novedades insoslayables en la vieja teoría del derecho natural, que se desenvuelve en tres vertientes principales, la inspirada en la teología práctica escolástica, la del humanismo renacentista con bases filológicas, y la del racionalismo. Esta enumeración que se corresponde con una relativa sucesión epocal, no es tan estricta y las tres direcciones en algún modo se solapan conviviendo y condicionándose recíprocamente. Las tres obedecen en común al impulso de liberación del intelecto del encierro en las fuentes romanas, sin perder con ello el respeto que inspiraron durante los cinco siglos transcurridos desde el redescubrimiento del Digesto, núcleo doctrinario de la compilación justiniana, el "*Corpus iuris civilis*" como empezó a llamársele, para enfatizar su sentido orgánico, su coherente plenitud como un sistema cerrado.

Ese romanismo liberado inspiró profundas transformaciones en el derecho privado concomitantes con el inicio del retroceso en la economía feudal y el inicio de una época en que la vida urbana y el crecimiento de la producción artesanal en ella, acompañan el relieve de la acumulación y aplicación de la riqueza en función de capital. Ese ambiente fue propicio al despertar del individualismo entendido como valor dirigido a afirmar la personalidad humana en todas sus manifestaciones, a liberarla de los pasados vínculos, de la opresiva tradición. Mucho se ha insistido en que el reclamo renacentista de un retorno a la antigüedad con propiedad buscaba nuevos tiempos, ocultaba el espíritu de rebelión a los dogmas. En su fase racionalista el iusnaturalismo acentúa la reserva contra los derechos que dividen la propiedad en estra-

tos, dificultando la circulación de los bienes o produciendo tipos de dominio no libre, mas no fue sólo expresión de necesidades reales sino exigencia teórica, especulación filosófica que afirma la individualidad poniendo en ella innatas condiciones de la razón y la sede de la experiencia sensible.¹⁰⁴

En ese mismo sentido la concepción iusnaturalista pone el derecho en una existencia independiente del orden jurídico cuya finalidad no es estatuirlo sino protegerlo o garantizarlo, y establece así para el deber u obligación una posición secundaria, el derecho es lo que existe, el deber es lo que se impone bajo coacción instituida por el orden jurídico para impedir que el derecho alcance su finalidad. Entre los siglos XVII y XVIII el triunfo del derecho subjetivo en el conflicto con el derecho positivo significó el de su dos paradigmas la propiedad privada y la libertad de contratación, categorías a priori y trascendentes, instituciones ante la cual la conformación del contenido del ordenamiento jurídico encuentra barrera infranqueable.¹⁰⁵

El resultado es que el iusnaturalismo no fundó solamente la doctrina de los innatos derechos subjetivos, sino con ella la división bipartita de los derechos patrimoniales que se impuso en la codificación, no sólo ignorando la realidad histórica de los derechos intermedios, sino también, pero mucho más tarde, al final de la tercera fase, estatuyendo como dogma derivado la negación de toda aproximación a formas de cuasi libertad, desde el momento en que el ser humano no se concibe como objeto sino como sujeto de relaciones jurídicas, y en virtud de lo cual el crédito se diferencia sustancialmente del derecho real en el sentido de que aquél tiene por correlato una obligación de un sujeto que aún siendo de entidad económica no impide la libertad humana, mientras el correlato de éste es una cosa, sobre la cual el dominio implica negación de libertad, como en el paradigma de la esclavitud.

*Problemas de la diferenciación conexos con el tema de la oponibilidad y las subsecuentes categorías de derechos absolutos o relativos, como en el arrendamiento. La cuestión de definir el derecho del arrendatario entre los de crédito o los reales.*¹⁰⁶ Si bien el contrato de arrendamiento se perfec-

¹⁰⁴ Descartes transformó el racionalismo objetivo y ontológico de la antigüedad, en un racionalismo subjetivo.

¹⁰⁵ Hans Kelsen: *Allgemeine Rechtslehre im Lichte der materialistischen Geschichtsauffassung*. 1931, pp. 115 y ss. Esa opinión de los iusnaturalistas alcanzó a los positivistas del historicismo y desde entonces se sostiene en las construcciones doctrinarias que buscan apoyo en una ideología.

¹⁰⁶ Lo que sigue es fundamentalmente elaboración para un dictamen de 1982, a cuya publicación el inolvidable maestro, Doctor Gert Kummerow Aigster, me instó indulgente e insistente, contra lo cual vencieron mis reservas de insuficiencia crítica que subsisten.

ciona por el solo consentimiento, sin que el arrendatario comience a gozar de la cosa arrendada y sin ninguna formalidad, la naturaleza de la documentación es de importancia capital para su prueba y sobre todo para su oponibilidad a terceros. En este sentido es necesario recordar la elaborada distinción doctrinaria entre los llamados efectos internos o intrínsecos del contrato y los denominados efectos externos o extrínsecos. Los efectos internos comprenden las consecuencias que el contrato acarrea para las partes y ellos se producen, también en el caso de un contrato de arrendamiento, con independencia de los extremos señalados arriba en virtud del principio de perfeccionamiento consensual del contrato. En cambio los efectos externos, esto es, los que el contrato acarrea para los terceros que no sean personas integrantes del mismo, algunas veces van más allá de la simple modificación de la situación jurídica entre las partes que debe ser respetada por los demás, como ocurre en todo contrato, por cuanto la situación jurídica de los terceros en estos casos resulta modificada por el hecho mismo de la celebración del contrato, o puede resultarlo por la concurrencia de un hecho o acto jurídico sucesivo a su celebración. Tales efectos externos están subordinados en el contrato de arrendamiento de inmuebles, a tenor de los artículos 1.604, 1.920 ordinal 5º y 1.605 del Código Civil, a la formalidad del documento público o instrumento privado que tenga fecha cierta, a la inscripción registral o al inicio del goce del arrendatario sobre la cosa arrendada. Estas disposiciones constituyen excepción al principio general que rige los efectos del contrato frente a terceros y que se suele enunciar con el aforismo de que para ellos es “*res inter alios acta*”, esto es, un asunto hecho entre otros y en virtud del cual el contrato no puede desplegar ninguna eficacia en la esfera jurídica de los terceros ni en su beneficio, ni en su perjuicio (*nec nocet nec prodest*), como lo consagra en el ordenamiento jurídico patrio el artículo 1.116 del Código Civil: “Los contratos no tienen efecto sino entre las partes contratantes; no dañan ni aprovechan a los terceros, excepto en los casos establecidos por la ley”.

Este principio de la relatividad de los contratos en general, o de la limitación de la eficacia de los mismos al círculo de las partes que lo han realizado, posee un claro fundamento. El contrato es concebido como un poder fundado en la autonomía privada, un acto de su ejercicio, y la autonomía privada se expresa en la posibilidad de dictar la ley, el precepto por el cual se ha de regir la propia esfera jurídica. La eficacia del contrato en la esfera jurídica de terceras personas sería en cambio rechazada, por constituir una invasión extraña en el ámbito de autonomía y libertad de los demás; sólo excepcionalmente admisible mediante expresa declaración legislativa y justificable por

razones de seguridad en el tráfico jurídico, o protección de aquella parte que en determinadas relaciones típicas suele aparecer como en situación de desventaja frente a su cocontratante.

Por eso la diferenciación entre los efectos internos y externos de las relaciones contractuales debe ser convenientemente complementada, como se ha hecho en la doctrina más reciente, con el señalamiento de tres grados de eficacia en el contrato en relación con los terceros.

En primer lugar la eficacia directa del contrato, consistente fundamentalmente en la creación del deber de observancia de la regla contractual y en la proyección de la misma sobre las relaciones o situaciones objetivamente contempladas por el propio contrato. Para el relieve de esta categoría de eficacia, sirvió de punto de apoyo la distinción entre los efectos obligatorios y los efectos reales que pueden desprenderse de una relación contractual, en otras palabras, con más precisión y amplitud, la distinción entre el contrato como fundamento de obligaciones personales y el contrato como instrumento para constituir o modificar titularidades sobre los bienes en el tráfico patrimonial. La eficacia directa alude entonces al alcance obligatorio del contrato, que se mantiene normalmente en la órbita de las partes; sólo de una manera excepcional un contrato produce una eficacia directa en la esfera de los terceros. El principio de la eficacia relativa es por consiguiente cierto cuando está referido a la eficacia que acabamos de llamar directa; en la vertiente opuesta, la eficacia directa frente a terceros sólo se produce en la medida restringida en que la Ley la autoriza, en los llamados contratos a favor y en daño de terceros y en la promesa del hecho de un tercero.

En cambio desde Ihering se aisló conceptualmente la categoría de los llamados efectos reflejos del contrato para los terceros. Se producen, precisamente, cuando relaciones jurídicas en la órbita ajena se encuentran en una relación de conexión con el contrato que se celebra, ya sea por accesoriedad entre una y otra relación jurídica (por ejemplo la situación del fiador respecto al convenio modificativo de la situación entre acreedor y deudor principal); ya sea cuando una de las relaciones descansa sobre los derechos de crédito creados en otra (por ejemplo el subarrendamiento respecto del arrendamiento); en tercer lugar, cuando las diferentes relaciones se condicionan recíprocamente en orden a la protección de su eficacia (por ejemplo en los procedimientos concursales). Casos todos en los cuales el contrato celebrado por los sujetos de una cualquiera de las relaciones jurídicas en conexión, determina una eficacia directa en la relación entre las partes (*in-*

ter partes) y una eficacia refleja de repercusión, en la relación accesorio, subordinada o coexistente.

La tercera categoría de efectos es la referida al orden de las titularidades sobre los objetos del tráfico jurídico. Defectuosamente esta categoría ha sido analizada por la doctrina bajo el rubro de la oponibilidad o inoponibilidad de la relación contractual frente a los terceros, con lo cual no se significa ni eficacia directa ni eficacia refleja, en las acepciones que se acaban de referir, sino simplemente la posibilidad de que la constitución o modificación contractual de situaciones jurídicas patrimoniales respecto a los bienes, condicione la eficacia total o parcial del efecto querido por otro en sus respectivas relaciones contractuales. Frente a un tercero que se presenta como adquirente de una cosa, las partes oponen un negocio de enajenación anterior y preferente, o la constitución de un derecho sobre o referente a una cosa, que disminuya o menoscabe las potestades de uso, goce o disposición que el tercero pretendiese sobre la misma. Y recalco con intención la expresión: “un derecho sobre o referente a una cosa”, con preferencia a la denominación “derecho real”, pues precisamente es en este campo en donde se ha presentado doctrinariamente la discusión, sobre si debe verse la naturaleza propia de un derecho real siempre que se produzca este efecto mediante un contrato, o excluirse algunos de estos casos de la categoría de los derechos reales. Tal es la cuestión en torno a la naturaleza del derecho de retracto y, precisamente, a la naturaleza del derecho del arrendatario sobre la cosa arrendada.

Indudablemente el arrendamiento crea obligaciones entre las partes, funda prestaciones de hacer no hacer y de dar: las de poner la cosa a disposición del arrendatario, asegurarle el goce pacífico, pagar los cánones, realizar o cubrir los costos de reparaciones, usar la cosa para un fin y abstenerse de actos en ese uso, etc. Por todo esto fue siempre la teoría reticente en calificar de derecho real la situación jurídica del arrendatario respecto a la cosa, aun después de que de “*lege lata*” esta situación se hizo oponible al tercero adquirente y no fue solamente por el peso de la tradición romanística, para la cual el punto de partida dogmático era el principio fundamental de derecho romano clásico, según el cual el contrato era sustancial y únicamente creador de obligaciones y se abstraía totalmente de los efectos traslativos, o constitutivos, sobre los derechos reales —efectos que sólo podían obtenerse mediante negocios jurídicos independientes ya causales, ya abstractos (*mancipatio, in iure cessio o traditio*)—, que la doctrina moderna, actuando sobre la interpretación de un orden normativo modificado, se ha negado reiteradamente, y en la opinión de sus más destacados representantes, a reconocer la

naturaleza de derecho real a la situación jurídica del arrendatario, respecto a los sucesivos y futuros adquirentes de la cosa arrendada. Pues cierto es que en el derecho romano la rigidez de este principio conducía a que el adquirente del bien arrendado, por no estar sujeto por las obligaciones personales del arrendador, podía desahuciar al arrendatario, quien no disponía sino de una acción para el resarcimiento por incumplimiento del contrato contra el arrendador; como también es cierto que la ausencia de todo derecho oponible por el arrendatario al adquirente, en algunos casos hacía precaria su situación. La evolución se produce en otra dirección, cuando se hace necesario mantener y garantizar la permanencia del agricultor en el fundo ajeno. Su situación jurídica resultaba inaceptable a partir de las crisis económicas de finales del Principado, del retorno a una economía sustancialmente agrícola y de la inmovilización de las relaciones de producción en los cuadros feudales y gremiales que caracterizaron el Bajo Imperio. Manteniendo la coherencia dogmática de las instituciones del derecho clásico, la solución se buscó en el orden práctico a través de la concepción y afianzamiento de nuevos tipos de relaciones jurídicas respecto a la cosa, en situación análoga a la del arrendamiento, como es el caso del llamado arrendamiento enfiteútico y especialmente de la figura del colonato, a partir de cuyos modelos la evolución dio lugar a otras sucesivas figuras características de la organización feudal, que se prolongaron, modificaron y escindieron en tipos análogos durante todo el medioevo.

Pero la evolución alcanzó también al campo restringido y típico de los arrendamientos ordinarios, en el cual siguió imperando la regla de que no creaban sino derechos personales, no oponibles al adquirente de la cosa arrendada. Mediante la cláusula inserta en el contrato de arrendamiento, en la cual el arrendador se comprometía a obligar al adquirente, en caso de compraventa, al mantenimiento del arrendamiento, se obtuvo indirectamente el efecto deseado de conferir al inquilino inmobiliario más estabilidad; pues el arrendador titular de la propiedad o derecho real de goce en la cosa se cuidaría siempre de obligar a los sucesivos causahabientes de su derecho respecto al inquilino, para no comprometer su responsabilidad. En determinado estadio evolutivo el pacto llegó a sobreentenderse, tanto en el contrato de arrendamiento como en el de compraventa posterior, cuando se tratase de arrendamiento de predios rústicos superior a seis años. Estas cláusulas, hechas de estilo, explican, en primer lugar, que se preservase la posibilidad de pactar en contrario dentro del contrato de arrendamiento, que el adquirente pueda despedir al arrendatario antes de cumplirse el término del arrendamiento (artículo 1.606 del Código Civil); en segundo lugar que la cláusula transforma-

da en un efecto de la naturaleza misma del contrato de arrendamiento, si bien no esencial, haga irrelevante, en la relación entre adquirente y arrendatario, la existencia de estipulación alguna en el contrato de compraventa, o de transferencia o constitución de un derecho real limitado al uso o disfrute sobre la cosa arrendada.

Así es como el fenómeno de la evolución histórica, da a la situación del inquilino mayor semejanza con la estipulación del hecho de un tercero, que constituye excepción a la regla “*res inter alios acta*” ubicada doctrinariamente dentro del tratamiento de los efectos directos de un contrato, que con la figura del derecho real.

La doctrina encontró entonces que no es característico del derecho del arrendatario la oponibilidad “*erga omnes*”, tipificante de los derechos reales, sino que en el caso se trata más bien de eficacia pasiva del contrato frente al causahabiente de una de las partes. Se argumentó con la norma particular que rige en el caso de usufructo (artículo 598 del Código Civil), según la cual el usufructuario puede arrendar por tiempo que exceda del usufructo, lo cual contradice el principio de que el titular de un derecho real pueda constituir, en favor de un tercero, otro derecho real más extenso en el tiempo que el suyo. Es así como la doctrina posterior a la codificación (el artículo 1.743 del Código Civil francés es el modelo para la norma contenida en el artículo 1.604 de nuestro Código Civil) se acuerda de las figuras teóricas del “*ius ad rem*” y de los créditos y deudas “*propter rem*”, para mediar en la discusión sobre la naturaleza jurídica del derecho del inquilino.

Referida en general por toda doctrina de uso corriente actual se encuentra la tesis sostenida por Troplong, quien encuentra que “si el adquirente debe respetar el derecho del arrendatario, es porque este derecho ha disminuido el derecho de propiedad del arrendador: Este no le ha podido transmitir al adquirente sino su derecho de propiedad disminuido (*nemo plus juris...*); el arrendatario ha adquirido un derecho de persecución sobre el inmueble, derecho de persecución que consagra el artículo 1.743 del Código Civil, y que completa el derecho de preferencia concedido al arrendatario por el artículo 684 del Código de Procedimiento Civil en contra de los acreedores quirografarios”.¹⁰⁷

¹⁰⁷ Mazeaud, Hermanos: *Lecciones de derecho civil*, parte III Volumen IV, p. 29. Referencias equivalentes: Artículos 1.604 del Código Civil y 459 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

Los comentaristas actuales refieren en general, igualmente, cómo la tesis de Troplong no logró imponerse, por cuanto “el artículo 1.743 del Código Civil es cosa por completo distinta de la concesión del derecho de persecución; en efecto, no significa solamente que el arrendatario puede “oponer” su derecho de goce al adquirente, sino –lo cual es mucho más– que todas las obligaciones recíprocas surgidas del arrendamiento unen al adquirente y al arrendatario como unían a las partes primitivas; esa disposición es, por lo tanto, una excepción formal al efecto relativo del contrato, afirmado por el artículo 1.685 del Código Civil; la obligación unirá a personas que no habían sido partes en el contrato; todo pasará como si el arrendamiento, con todas sus obligaciones hubiera sido concluido entre el adquirente y el arrendatario. Se observará especialmente que también el arrendatario se encuentra sujeto asimismo, hasta contra su voluntad, a cumplir todas sus obligaciones de locatario con respecto al adquirente, que se convierte en su acreedor; se trata desde luego del efecto obligatorio del contrato, y no del carácter real del derecho del arrendatario. Por lo demás, los redactores del artículo 1.743, para señalar que no pretendían organizar la permanencia de un derecho real, utilizaron una fórmula prudente contra la cual se rebelaba Troplong: “El adquirente no puede desahuciar al arrendatario rústico o al inquilino”, fórmula que se refería a una simple obligación de no hacer, la misma que pesa sobre el arrendador. En suma, el artículo 1.743 del Código Civil, así como la Ley de 1791, no son sino la consagración de costumbres del antiguo derecho: El legislador presupone que las partes, con motivo de la compraventa, han querido poner a cargo del adquirente “el mantenimiento del arrendamiento”.¹⁰⁸

¹⁰⁸ *Ibidem*. pp. 29-30.

La frustrada tentativa de modernizar el Derecho internacional privado venezolano en el Código Civil del diez de diciembre de 1880

Gonzalo PARRA-ARANGUREN*

SUMARIO:

- I. Los antecedentes.**
- II. La regulación del Derecho internacional privado.**
- III. La nacionalidad.**
- IV. La condición de los extranjeros.**
- V. La jurisdicción internacional de los Tribunales venezolanos.**
- VI. La eficacia internacional de las sentencias extranjeras.**
- VII. La determinación del derecho aplicable.**
- VIII. Las normas fundamentales del Código.**

* **Universidad Central de Venezuela**, Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas *summa cum laude*. **Universidad de Nueva York**, Instituto Interamericano de Derecho, Curso en Derecho Comparado, **Ludwig Maximilians Universität**, Munich, Doctor en Derecho *cum laude*. **Universidades Central de Venezuela** y **Católica Andrés Bello**, Profesor Titular Emérito. **Corte Internacional de Justicia**, La Haya, Reino de los Países Bajos, Magistrado (desde 1996).

- IX. Las reglas sobre la celebración del matrimonio.
- X. Normas sobre materias diversas: (a) Testamentos otorgados por militares. (b) Hipoteca judicial en virtud de sentencias extranjeras. (c) Registro de sentencias y actos celebrados en el extranjero.
- XI. La sentencia de la Alta Corte Federal del trece de junio de 1882.
- XII. Apreciación general del Código. XIII. Comentarios finales.

I. LOS ANTECEDENTES

1. En los años subsiguientes a su promulgación, los códigos del veinte de febrero de 1873 fueron objeto de comentarios favorables en las altas esferas del Gobierno.

2. El Ministerio de Relaciones Interiores, a cargo del doctor **Juan Pablo Rojas Paúl**, en la Memoria presentada al Congreso el **veinte de febrero de 1876**, hizo las siguientes afirmaciones:

Cesaron con ellos, en materia civil, la aberración y escandaloso anacronismo que existía en la República con la observancia de Leyes, Pragmáticas, Reales Cédulas y Órdenes expedidas por los Reyes españoles para tiempos atrasados, i una civilización distinta de la moderna, cuando en la misma España se comenzaba a observar otra legislación más cónsona con las luces i los adelantos del siglo... Así se formó, con estos Códigos, una *Legislación verdaderamente nacional* que tomó la fisonomía de la época, acopió la doctrina más adelantada i más acorde con la ilustración del siglo i con los consejos de distinguidos expositores, i se relegaron al olvido disposiciones bárbaras, leyes inadecuadas, vetustos preceptos, piezas todas incoherentes de una legislación anticuada, multiforme, dudosa e incierta. Debióse al Ilustre Americano, en esta nueva Legislación patria, multitud de pensamientos nuevos, hijos de sus propósitos regeneradores. Presidiendo las comisiones codificadoras, i llevando a ellas rico caudal de sus propias convicciones, inculcó muchas ideas luminosas, muchas fórmulas nuevas que están embebidas en nuestras leyes.¹

3. En consecuencia no es de extrañar que el **treinta de junio de 1876** el Gobierno Nacional dispusiera conceder una medalla de oro, de forma oval y

¹ **Memoria del Ministerio del Interior. 1876**, *Legislación y Jurisprudencia Patria*, Caracas, 1876, p. XXVIII.

de cinco centímetros en mayor diámetro, a los integrantes de la Comisión General de Códigos. El correspondiente Decreto estuvo precedido de los siguientes Considerandos:

Que los jurisconsultos y demás individuos que redactaron los Códigos civil, penal, mercantil y militar y sus respectivos procedimientos, prestaron a Venezuela un servicio inapreciable y de trascendentales beneficios, realizando en pocos meses la importante obra de reformar y mejorar la antigua legislación, esparcida en muchos y costosos volúmenes y reducirla con la aplicación y consulta de los mejores códigos de Europa y de la América a un plano ilustrado, metódico y cónsono con las instituciones nacionales y con el progreso del siglo.²

4. Conceptos similares expuso el doctor **Diego Bautista Urbaneja**, miembro de la Comisión General de Códigos, con el carácter de Ministro de Relaciones Interiores cuando afirmó en la Memoria del Despacho presentada al Congreso el **veinte de febrero de 1877**:

Los Códigos civil, penal y sus respectivos procedimientos, el de Comercio, el de Hacienda y el Militar han venido a constituir verdaderamente el tesoro de la Legislación Nacional, obra duradera y tanto más apreciada cuando que en dichos Códigos se contienen doctrinas muy avanzadas y se han hecho desaparecer la incoherencia, oscuridad y exótica fisonomía de aquélla heredada de España que había sobrevivido a la Independencia y continuaba en vigor todavía hasta los últimos años que antecedieron al presente período.³

5. Nuevo homenaje fue rendido a los miembros de la Comisión General de Códigos por el General **Antonio Guzmán Blanco**, en su carácter de Supremo Director

² **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VII, Caracas, Imprenta de la Opinión Nacional, 1884, número 1991, p. 463.

³ **Memoria del Ministerio del Interior. 1877**, *Legislación*, Caracas, 1877, p. XXVIII. En el mismo sentido **Cecilio Acosta** afirmó: “Esta legislación ha dado los mejores frutos, hablando en general; ha ajustado como en su caja, en las necesidades, las tendencias y las costumbres nacionales... Esta legislación merece el juicio favorable de todas las personas competentes, y tanto como esto vale decir que está considerada como una de las mejores que hoy tiene la América Latina. Después de esto, nada importan las calumnias de la mala fe ni las sandeces de la ignorancia: *Non tali aulio, nec defensoribus istis Tempus eget*” (*Códigos Nacionales, Obras*, Tomo IV, Caracas, Editorial El Cojo, 1909, p. 189). De igual modo **Luis Sanojo** hizo los siguientes comentarios: “Venezuela, después de algunos ensayos, por la mayor parte poco felices, se ha dado una colección completa de Códigos que tienen todas las condiciones de duración” (*Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, p. VI).

de la Reivindicación Nacional. En efecto, según relata el historiador **Francisco González Guinán**, en **octubre de 1880**,

el Gobierno Nacional ordenó que se rindiese debido homenaje a los ciudadanos que con su inteligencia, conocimientos y patriótica consagración habían llevado a cabo, bajo la inspiración del Presidente de la República, la obra importantísima de la Codificación civil, criminal, mercantil, militar y fiscal, a cuyo efecto debía terminarse, como en realidad se acabó de pintar, y se colocó en el Palacio de la Justicia, el gran cuadro al óleo que contiene las efigies de los codificadores. Figuraban ahí el señor General Guzmán Blanco, los señores Doctores Juan P. Rojas Paúl, Diego B. Urbaneja, Ramón Feo, José Reyes Piñal, Manuel Cadenas Delgado, Luis Sanojo y Cecilio Acosta, General Felipe Esteves y señor Isaac J. Pardo. A estos distinguidos ciudadanos debe Venezuela unificación y purificación de su legislación, servicio altísimo que los hace acreedores de la gratitud nacional.⁴

6. La vida pública venezolana sufrió los impactos causados por las vicisitudes políticas de la época posterior. En efecto, una vez vencido el período constitucional del General **Antonio Guzmán Blanco**⁵ se procedió a celebrar elecciones, pero su resultado no atribuyó mayoría absoluta a ninguno de los candidatos. En consecuencia, la designación de Presidente de la República tuvo que realizarla el Congreso; y con el apoyo del Ilustre Americano fue electo el General **Francisco Linares Alcántara**, habiendo sido su principal opositor el General **Hermenegildo G. Zavarce**.

7. El nuevo Jefe del Gobierno, conocido como el *Gran Demócrata* a falta de otro título nobiliario, inició una política de manifiesta reacción con el Gobierno anterior; así lo comprueba principalmente el *Decreto de la Paz*, del **veintisiete de mayo de 1877**, que permitió el regreso a Venezuela de los exilados políticos, en particular del Arzobispo **Silvestre Guevara y Lira**.

⁴ **Francisco González Guinán**, *Historia Contemporánea de Venezuela*, Tomo XII, Caracas, 1924, p. 232. En nota a pie de página agrega que “el cuadro de los codificadores fue colocado en el Departamento de los Tribunales del Distrito Federal, en la escalera principal, y permaneció en ese puesto hasta el 26 de octubre de 1889, en que fue despedazado por los reaccionarios que estimuló el Presidente Rojas Paúl”.

⁵ La Constitución Nacional del **veintidós de abril de 1864** vigente en la época de la elección del General **Antonio Guzmán Blanco**, fue modificada el **veintisiete de mayo de 1874**; y de acuerdo con el artículo 69 de la enmienda el ejercicio de las funciones del Presidente de la República fue reducido a dos años contaderos a partir del veinte de febrero. Sin embargo, su artículo 124 dispuso que el nuevo período constitucional comenzaría a contarse desde el veinte de febrero de 1877; y, por tanto, el General **Antonio Guzmán Blanco** continuó en ejercicio de sus funciones hasta esta última fecha.

8. Dentro de esta directriz, no obstante los comentarios favorables de años anteriores, el nuevo Ministro de Relaciones Interiores, **L. Villanueva**, en su Memoria presentada al Congreso el **veinte de febrero de 1878** hizo las siguientes observaciones:

Si los pueblos civilizados no pueden vivir sin leyes, y sin leyes sacadas del estudio de la Naturaleza y de los adelantos de la humanidad, cierto es también que las relaciones de la comunidad se hacen insostenibles cuando se las quiere ordenar por un sistema de instituciones y de leyes contradictorias unas con otras. No hay ni puede haber nada superior a la Lei fundamental, y cualquiera disposición que colida con ella debe modificarse para que la legislación tenga la necesaria unidad que caracteriza la civilización de un pueblo.⁶

9. De inmediato explicó por vía ilustrativa:

Si por nuestra Constitución es libre la prensa, sin restricción alguna, no puede aceptarse una lei que castigue lo que es calificado en nuestro Código Penal de delitos de imprenta, puesto que las libérrimas instituciones derivadas de la Federación no reconocen tales delitos. Y así se podrían citar muchísimas otras contradicciones entre la Constitución y los Códigos, que sólo a vosotros corresponde remediar.⁷

10. En consecuencia el Ministro de Relaciones Interiores informó al Congreso:

Habiendo observado el Gobierno que los Códigos nacionales coliden en muchos puntos con la Constitución de Venezuela,⁸ nombró comisiones ilustradas que los revisasen para ponerlos en armonía con los principios consignados en la Lei fundamental. Oportunamente se os presentarán, y muy respetuosamente os suplico que los toméis en consideración para corregir los abusos que se cometen hoy por falta de concordancia entre una y los otros.⁹

⁶ Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1878, *Códigos Nacionales*, pp. XXX-XXXI.

⁷ Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1878, *Códigos Nacionales*, p. XXXI.

⁸ Los Códigos se promulgaron bajo la vigencia de la Constitución del **veintidós de abril de 1864**, pero ésta había sido enmendada el **veintisiete de mayo de 1874** (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VII, Caracas, 1884, Imprenta de La Opinión Nacional, número 1879, p. 43).

⁹ Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1878, *Códigos Nacionales*, p. XXX.

11. Efectivamente, algunos días antes, el **quince de enero de 1878**, el Ministerio de Relaciones Interiores había designado cuatro Comisiones con el encargo de armonizar los Códigos nacionales con la Constitución de la República; y encomendó la revisión del Código Civil a los doctores **Fernando Arvelo, Nicanor Borges y Juan Pablo Rojas Paúl**.¹⁰

12. En ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo, el General **Francisco Linares Alcántara** comenzó a cultivar, cada día con mayor intensidad, el deseo de volver a la Constitución del **veintidós de abril de 1864** con el propósito de restaurar a cuatro años la duración del período presidencial; y el **quince de septiembre de 1878** convocó una Asamblea Nacional Constituyente,¹¹ que fue instalada el **once de diciembre de 1878** bajo la dirección del Arzobispo de Caracas, Monseñor **Silvestre Guevara y Lira**, con la inevitable reacción de los núcleos opositores.¹² Sin embargo, los propósitos continuistas se vieron frustrados por el fallecimiento del General **Francisco Linares Alcántara**, ocurrido algunos días antes, el **treinta de noviembre de 1878**. Por tanto, el Poder Ejecutivo fue asumido por el Primer Designado, General **José Gregorio Valera**, pero el Segundo Designado, General **Gregorio Cedeño**, decidió encabezar las huestes revolucionarias que entraron triunfantes en Caracas el **trece de febrero de 1879**.

13. En su alocución del **veintiséis de febrero de 1879** el General **Antonio Guzmán Blanco**, actuando con el carácter de Supremo Director de la Reivindicación Nacional, anunció sus aspiraciones de “modificar las instituciones, sustituyendo el derecho público de la Confederación Helvética al derecho público de los Estados Unidos de la América del Norte, que hasta ahora nos ha servido de norma, sin el buen éxito alcanzado por nuestro modelo”,¹³ y

¹⁰ **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1878, Documentos**, Números 193 y 194, p. 151-152. La revisión del Código de Comercio fue encomendada a los doctores *Modesto Urbaneja y Fulgencio Carias* y al Licenciado *Luis Sanojo*; el Código Penal debía ser revisado por los doctores *Tomás Lander, Santiago Terrero Attenza y Eloy Guillermo Montenegro*; los doctores *Félix Ayala, Ramón Feo y Juan Francisco Castillo* examinarían el Código de Procedimiento Civil; y la revisión del Código de Procedimiento Penal fue asignada a los doctores *Manuel María Urbaneja y José Reyes Piñal* y al Licenciado *Rafael Seijas*. Tres semanas más tarde, por Resolución del **seis de febrero de 1878**, se nombró al Licenciado *Elías Michelena* en reemplazo del Licenciado *Luis Sanojo* debido a su fallecimiento (Documento número 201, p. 159).

¹¹ **Francisco González Guinán. Historia Contemporánea de Venezuela**, Tomo XI, Caracas, 1910, pp. 414-415. La convocatoria no aparece publicada en el tomo correspondiente de la **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**.

¹² En virtud de su instalación, los Magistrados de la Alta Corte Federal renunciaron a sus cargos por cuanto consideraron que no debían continuar desempeñando sus funciones, en virtud de haber prestado juramento conforme a la Constitución de 1874.

¹³ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VIII, Caracas, Imprenta de la Opinión Nacional, 1884, número 2119, p. 175.

convocó una Asamblea de Plenipotenciarios con el encargo de proceder a la organización de la República.

14. El **veintiocho de abril de 1879** la Asamblea de Plenipotenciarios declaró “nulos, írritos y destituidos de todo valor y fuerza legal, todos los actos dictados desde el doce de septiembre de 1878 por el Gobierno que rompió en esa fecha los títulos de su autoridad legal convocando una Asamblea con el nombre de Constituyente, para reformar de una manera arbitraria las instituciones nacionales; y nulos también los actos de dicha Asamblea revolucionaria reunida en la capital de la unión el once de diciembre del mismo año para consumir la usurpación”.¹⁴

15. Algún tiempo después, el Acuerdo adoptado el **seis de mayo de 1879** por el Congreso de Plenipotenciarios declaró en vigencia la Constitución del **veintisiete de mayo de 1874** y las leyes que regían el doce de septiembre de 1878, “así en lo nacional como en lo sectorial”, en lo que no se oponga a lo decidido por el Congreso.¹⁵ En esa misma fecha el Presidente Provisional de la República fue autorizado para que, durante su administración, “y en receso del Congreso de Plenipotenciarios, organice todos los ramos de la administración pública no previstos en estas conferencias, dando cuenta de todo a la legislatura nacional”.¹⁶

16. Cuatro días más tarde, el **diez de mayo de 1879**, la Asamblea de Plenipotenciarios eligió Presidente Provisional de la República al Ilustre Americano, General **Antonio Guzmán Blanco**.

17. Efectuadas las elecciones, el nuevo Congreso emprendió el estudio de la reforma de la Constitución y, una vez concluido, el **diez de mayo de 1880** decidió someter el Proyecto a consideración de los Estados.¹⁷ Tres semanas más tarde, el **tres de junio de 1880**, dispuso que el Presidente de la Repúbli-

¹⁴ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VIII, Caracas, Imprenta de la Opinión Nacional, 1884, número 2149, pp. 191-192. La declaración de nulidad no afectó la Resolución del Ministerio de Relaciones Interiores del **quince de enero de 1878** que había nombrado una Comisión de Códigos para armonizarlos con la Constitución enmendada el **veintisiete de mayo de 1874** (véase antes el número 11 de este trabajo).

¹⁵ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VIII, Caracas, Imprenta de la Opinión Nacional, 1884, número 2155, p. 194.

¹⁶ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VII, Caracas, Imprenta de la Opinión Nacional, 1884, número 2155, p. 194.

¹⁷ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VII, Caracas, Imprenta de la Opinión Nacional, 1884, número 2204, p. 371.

ca continuara con las facultades que le habían sido conferidas en el Acuerdo del **seis de mayo de 1879**, “mientras se conoce y sanciona la opinión de los Estados sobre el Proyecto de Reforma a la Constitución Federal que se les ha sometido”.¹⁸

18. En ejercicio de las facultades que le habían sido conferidas, el Presidente de la República decidió encomendar la revisión del Código Civil “a una comisión de jurisconsultos de nota”, según informó el Ministro de Relaciones Interiores, doctor **Vicente Amengual**, en su Memoria presentada al Congreso el **veinte de febrero de 1881**.¹⁹

19. Los propósitos perseguidos fueron explicados en los términos siguientes:

Y como en las leyes se reflejan las costumbres y los adelantos de los pueblos y estos marchan sin cesar impulsados por la ley del progreso, la legislación necesita frecuentes revisiones, conforme a las exigencias que el aumento de relaciones y el desenvolvimiento de los intereses populares reclaman, ya para dar inmediata cabida en ella a los adelantos alcanzados, ya para satisfacer necesidades o aspiraciones legítimas, ya para corregir abusos introducidos, ya para mantener incólume la integridad de los principios esenciales en la formación de las leyes, como que en ello está vinculada la fidelidad del encargo que le han conferido los pueblos al constituirlo custodio del pacto fundamental y de la observancia y ejecución de las leyes.²⁰

20. El Ministro de Relaciones Interiores agregó los siguientes conceptos:

En vano aspirarán a la grandeza perdurable las naciones si sobre todos los monumentos de su adelantada cultura no se eleva el de su Legislación, ostentando los trofeos que la razón humana, inspirada en el amor a la virtud e ilustrada por la Filosofía, ha conquistado en su incesante lucha contra las tiranías que la han avasallado, contra la ignorancia que la humilla, contra el error y los vicios que la pervierten y degradan. Ella ha dictado sus códigos entre el polvo de los pueblos arrasados de la haz de la tierra por los conquistadores,

¹⁸ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VII, Caracas, Imprenta de la Opinión Nacional, 1884, número 2214, p. 381.

¹⁹ **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1881**, *Legislación*, p. XXIV.

²⁰ **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1881**, *Legislación*, p. XXIV.

para protestar contra el imperio de la fuerza; al pié de los cadalsos y a la luz de las hogueras, en que sucumbían hecatombes de mártires por la Libertad y el derecho, proclamó los fueros imprescriptibles de las naciones, la inmunidad del pensamiento, la inviolabilidad de la vida y los derechos del hombre; y ha legado a la humanidad como sanciones sus conquistas, consagradas con sus lágrimas, con su sangre y sacrificios.²¹

21. De igual modo hizo el siguiente recordatorio:

Gloria eterna de las Administraciones presididas por el Ilustre Americano, conductor de la causa liberal, ha sido la de haber levantado en Venezuela el monumento de la Legislación Nacional. En él, formulados en leyes, se han consagrado todos los principios que constituyen el *desideratum* de la razón humana para el régimen y felicidad de las naciones y con fervoroso empeño ha procurado de día en día adoptar cuanto la experiencia, el estudio y la práctica de otros pueblos ilustrados han introducido de nuevo o modificado en sus legislaciones y promover lo que nuestras condiciones particulares reclaman para la satisfacción de nuestras necesidades y aspiraciones, a fin de dar a la nuestra la más acabada perfección.²²

22. En su Memoria presentada el **veinte de febrero de 1881** el Ministro de Relaciones Interiores informó al Congreso que la Comisión de Jurisconsultos había presentado el resultado de sus trabajos en noviembre de 1880; con la advertencia de que los proyectos elaborados

fueron estudiados y discutidos en largas sesiones de Gabinete, habiendo dado el Presidente de la República decisión en algunos puntos que creyó importantes, con la autoridad de sus conocimientos en la ciencia y su ilustrada experiencia, quedando aprobados los demás como habían sido propuestos en el proyecto formulado por la Comisión.²³

23. Una vez concluidos los trabajos preparatorios, el Código civil fue promulgado el **diez de diciembre de 1880**, por el General **Antonio Guzmán Blanco**, “Ilustre Americano, Pacificador, Regenerador y Presidente de los

²¹ Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1881, *Legislación*, p. XXIII.

²² Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1881, *Legislación*, pp. XXIII-XXIV.

²³ Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1881, *Legislación*, p. XXVI.

Estados Unidos de Venezuela, en uso de la facultad que me ha concedido el Congreso en su acuerdo del 3 de junio del corriente año”, con vigencia a partir del **veintisiete de enero de 1881**, por mandato de su artículo 1922.²⁴

II. LA REGULACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

24. El Código Civil del **diez de diciembre de 1880** se compone de 1923 artículos, enumerados en forma corrida, distribuidos en un Título Preliminar y tres Libros, los cuales se componen de Títulos, a su vez divididos en Secciones y éstas en párrafos; siendo de advertir que la misma presentación fue utilizada por los Legisladores de 1867 y 1873, en seguimiento de las pautas establecidas por el Código Civil italiano de 1865.

25. De acuerdo con la concepción amplia de objeto del Derecho Internacional Privado, dominante en el medio jurídico venezolano de la época, en el Código Civil fueron incluidas normas sobre nacionalidad, condición de los extranjeros, derecho procesal civil internacional y escogencia de la ley aplicable a casos conectados con varios ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes.

26. La concepción amplia del objeto del Derecho internacional privado también fue acogida en el Decreto de **veinticuatro de agosto de 1874**,²⁵ complementario de la Ley de **seis de junio de 1874** que estableció siete Ministerios para el Despacho de los diversos ramos de la Administración Pública.²⁶

27. En efecto, su artículo segundo dispuso que el Ministerio de Relaciones Exteriores estaría compuesto de dos Direcciones, denominadas, una Derecho Público Exterior, y otra Derecho Internacional Privado.

28. El artículo cuarto del Decreto de **veinticuatro de agosto de 1874** atribuyó a la Dirección de Derecho Internacional Privado todo lo relativo a los siguientes asuntos:

²⁴ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IX, Caracas, Imprenta Editorial de Soriano, Sucesores, 1891, número 2268, pp. 3-168.

²⁵ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VII, Caracas, 1884, Imprenta de La Opinión Nacional, número 1893 (a), pp. 195-196.

²⁶ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VII, Caracas, 1884, Imprenta de La Opinión Nacional, número 1893, p. 195. El artículo primero estableció “siete Ministerios, denominados Relaciones Exteriores, Relaciones Interiores, Hacienda, Crédito Público, Fomento, Obras Públicas, y Guerra y Marina”.

Estatuto personal - Estatuto Real - Reglas que rigen los contratos - Principios sobre bienes muebles e inmuebles - Principios sobre la Ley del Domicilio - Nacionalidad²⁷ - Expatriación - Efectos extra-territoriales de las leyes - Jurisdicción civil y criminal - Valor extra-territorial de los actos jurisdiccionales - Derechos y Deberes de los extranjeros domiciliados y de los transeúntes - Principios sobre las sucesiones testamentarias y legítimas.

29. De inmediato el párrafo único del mismo artículo cuarto especificó:

A esta Dirección se agregará además lo relativo a los Consulados y agentes comerciales - Su organización - Patentes y Exequátur - Privilegios, exenciones y deberes de los cónsules - Jurisdicción que ejercen; y cualquiera otra materia no especificada en la Dirección de Derecho público exterior.²⁸

30. Algunos meses después de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil, la Ley de **veinticuatro de mayo de 1881** creó un nuevo ministerio, el de Instrucción Pública (artículo primero).²⁹ Su decreto reglamentario, del **siete de junio de 1881**, mantuvo en el Ministerio de Relaciones Exteriores la Dirección de Derecho Público Exterior y la Dirección de Derecho Internacional Privado (artículo quinto); y en el artículo séptimo repitió sustancialmente

²⁷ La materia relativa a la Naturalización de los Extranjeros fue asignada al Ministerio de Relaciones Interiores, Dirección de Política.

²⁸ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VII, Caracas, 1884, Imprenta de La Opinión Nacional, número 1893 (a), pp. 195-196. De conformidad con el artículo tercero “corresponde a la Dirección de Derecho Público Exterior, todo lo concerniente a la igualdad, independencia y soberanía de la Nación - el dominio y el imperio - Límites territoriales - Inviolabilidad del territorio - Jurisdicción territorial marítima - Derecho fluvial - Reconocimiento de beligerancia en guerra civil - Reconocimiento de independencia - Celebración, cumplimiento, interpretación y denuncia de tratados públicos - Negociaciones diplomáticas - Reclamaciones diplomáticas - Derechos de Legación - Inmunidades, privilegios y deberes de los Ministros públicos - Documentos relativos a su carácter - Su presentación y recepción - Pasaportes diplomáticos - Despedida - Arreglos amistosos de las cuestiones internacionales - Toma de posesión en países desiertos - Retorsión - Asilo - Extradición - Naufragio. Párrafo único. En estado de guerra corresponde a esta Dirección todo lo concerniente a Represalias - Rompimiento de hostilidades - Hostilidades contra las personas y las cosas del enemigo - Canje y rescate de prisioneros de guerra - Corsarios - Presas - Juzgado de presas - Derecho de postliminio - Represas - Derechos y obligaciones de los neutrales - Tránsito de fuerzas beligerantes por tierra o aguas neutrales - Restricción al comercio neutral - Negociaciones relativas al estado de guerra”.

²⁹ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IX, Caracas, Imprenta Editorial de Soriano, Sucesores, 1891, número 2320, p. 271. El artículo primero encomendó el despacho de los asuntos de la Administración Federal a los siguientes ministerios: Relaciones Interiores, Relaciones Exteriores, Hacienda, Crédito Público, Fomento, Obras Públicas, Guerra y Marina e Instrucción Pública.

las atribuciones que les habían sido asignadas por Decreto del veinticuatro de agosto de 1874.³⁰

31. La Ley del **veintisiete de junio de 1891** agregó un nuevo ministerio, el de Correos y Telégrafos (artículo primero); mantuvo las dos Direcciones en el Ministerio de Relaciones Exteriores y las atribuciones que les habían sido asignadas. Sin embargo, con relación a la Dirección de Derecho Internacional Privado inició la enumeración de sus facultades con la frase, “todo lo concerniente a los Estatutos”; de esta manera reunió en una sola mención la referencia anteriormente hecha al “estatuto personal, estatuto real, reglas que rigen los contratos y los principios sobre bienes muebles e inmuebles”. Sin embargo, repitió en forma separada la indicación de “los principios sobre las disposiciones testamentarias y legítimas”.³¹

32. Durante la vigencia del Código Civil del **diez de diciembre de 1880**, el Decreto Legislativo del **doce de junio de 1894** eliminó dos Ministerios, el

³⁰ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IX, Caracas, Imprenta Editorial de Soriano, Sucesores, 1891, número 2320 (a), p. 272. En consecuencia, el artículo séptimo atribuyó a la Dirección de Derecho Internacional Privado todo lo relativo a los siguientes asuntos: “1° Estatuto personal - 2° Estatuto Real - 3° Reglas que rigen los contratos - 4° Principios sobre bienes muebles e inmuebles - 5° Principios sobre la Ley del Domicilio - 6° Nacionalidad - 7° Expatriación - 8° Efectos extra-territoriales de las leyes - 9° Jurisdicción civil y criminal - 10° Valor extra-territorial de los actos jurisdiccionales - 11° Derechos y Deberes de los extranjeros domiciliados y de los transeúntes - 12° Principios sobre las sucesiones testamentarias y legítimas - 13° Consulados y agentes comerciales - 14° Su organización - 15° Sus Patentes y Exequátur - 16° Privilegios, exenciones y deberes de los cónsules - 17° Jurisdicción que ejercen - 18° Condecoraciones y Medallas conforme a la ley - 19° Presupuesto respectivo - 20° Arreglo y conservación del archivo, de la Biblioteca del Ministerio y de los periódicos”. Asimismo fueron repetidas las atribuciones de la Dirección de Derecho Público Exterior, a saber, “todo lo concerniente a: - 1° la igualdad, independencia y soberanía de la Nación - 2° el dominio y el imperio - 3° Límites territoriales - 4° Inviolabilidad del territorio - 5° Jurisdicción territorial marítima - 6° Derecho fluvial - 7° Reconocimiento de beligerancia en guerra civil - 8° Reconocimiento de independencia - 9° Celebración, cumplimiento, interpretación y denuncia de tratados públicos - 10° Negociaciones diplomáticas - 11° Reclamaciones diplomáticas - 12° Derechos de Legación - 13° Inmunidades de Soberanos, Ejércitos y Buques de Guerra Extranjeros en el territorio - 14° Inmunidades, privilegios y deberes de los Ministros públicos - 15° Documentos relativos a su carácter - 16° Su presentación y recepción - 17° Pasaportes diplomáticos - 18° Despedida - 19° Arreglos amistosos de las cuestiones internacionales - 20° Toma de posesión en países desiertos - 21° Retorsión - 22° Asilo - 23° Extradición - 24° Naufragio - 25° Rompimiento de hostilidades - 26° Hostilidades contra las personas y las cosas del enemigo - 27° Canje y rescate de prisioneros de guerra - 28° Corsarios - 29° Presas - 30° Juzgado de presas - 31° Derecho de postliminio - 32° Represas - 33° Derechos y obligaciones de los neutrales - 34° Tránsito de fuerzas beligerantes por tierra o aguas neutrales - 35° Restricción al comercio neutral - 36° Negociaciones relativas al estado de guerra”. Según puede observarse tan sólo se agregó la atribución décima tercera. La Naturalización de los Extranjeros fue mantenida en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Política.

³¹ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo XV, Caracas, Casa Editorial de La Opinión Nacional, 1891, número 4932, p. 325. La Naturalización de los Extranjeros fue mantenida en el Ministerio de Relaciones Exteriores, Dirección de Política.

de Correos y el de Telégrafos (artículo primero); pero mantuvo en el Ministerio de Relaciones Exteriores la Dirección de Derecho Público Exterior y la Dirección de Derecho Internacional Privado con facultades sustancialmente idénticas a las que les habían sido atribuidas con anterioridad.³²

III. LA NACIONALIDAD

33. El Código Civil del **diez de diciembre de 1880** incluyó normas sobre nacionalidad en su Libro Primero (*De las Personas*), Título Primero (*De las Personas en General, y de las Personas en cuanto a su Nacionalidad y Domicilio*).

34. La Sección Segunda del Título Primero, denominada *De las Personas en cuanto a su Nacionalidad*, se inicia con la declaración: “las personas son venezolanas o extranjeras” (artículo décimo quinto); y el artículo décimo sexto explica: “Son venezolanos los que la Constitución de la República declara tales”.

35. La referencia es a la Constitución del **veintisiete de mayo de 1874**³³ que dispuso al respecto:

Artículo 6. Son venezolanos:

1° Todas las personas que hayan nacido o nacieren en el territorio de Venezuela, cualquiera que fuere la nacionalidad de sus padres;

2° Los hijos de madre o padre venezolanos que hayan nacido en otro territorio, si vinieren a domiciliarse en el país y expresaren la voluntad de serlo;

3° Los extranjeros que hayan obtenido carta de nacionalidad;³⁴ y

³² **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo XVII, Caracas, Imprenta Bolívar, 1896, número 5964, pp. 379-380. La Naturalización de los Extranjeros fue mantenida en el Ministerio de Relaciones Interiores, Dirección de Política.

³³ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VII, Caracas, 1884, Imprenta de La Opinión Nacional, número 1879, p. 43.

³⁴ La materia estuvo regida por la Ley del **trece de junio de 1865 (Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela)**, Tomo IV, Caracas, Imprenta La Concordia de Evaristo Fombona, 1874, número 1497, pp. 390). (Gonzalo Parra-Aranguren. *La Ley de Naturalización de 1865 y la Constitución Federal de 1864*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1972, Número 13, pp. 9-116; reproducido en *La Nacionalidad Venezolana. I: Antecedentes Históricos*, Caracas, 1983, pp. 313-404).

4° Los nacidos o que nazcan en cualquiera de las Repúblicas Hispano-americanas o en las Antillas españolas, siempre que hayan fijado su residencia en el territorio de la Unión y quieran serlo.³⁵

36. Seguidamente agregó el artículo séptimo:

No pierden el carácter de venezolanos los que fijen su domicilio y adquieran nacionalidad en país extranjero.³⁶

37. Los preceptos anteriores fueron reproducidos textualmente en los artículos quinto y sexto de la Constitución del **veintisiete de abril de 1881**. Sin embargo, debido al silencio del Constituyente, la ley del **3/4 de mayo de 1882** determinó quiénes debían ser considerados venezolanos por nacimiento;³⁷ y el artículo sexto fue interpretado por la Ley del **quince mayo de 1882**, para aclarar que “no niega el derecho de expatriación, sino sólo declara un principio aplicable al caso en que los ciudadanos de que se trata vuelvan a la República, la cual los considera entonces como si en ella hubieren permanecido constantemente”.³⁸

38. Con posterioridad, la Constitución del **dieciséis de abril de 1891** reprodujo textualmente, con el mismo número, los artículos cinco y sexto de la Constitución anterior, sin tomar en cuenta sus leyes complementarias de **3/4 mayo y quince de mayo de 1882**.³⁹

39. Dos años más tarde, la Constitución del **veintiuno de junio de 1893** reguló la nacionalidad en los términos siguientes:

Artículo 5. Los venezolanos lo son por nacimiento o por naturalización.

³⁵ **Gonzalo Parra-Aranguren**. *Los principios atributivos de nacionalidad en la Constitución Federal de 1864*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1971, Número 12, pp. 9-128; reproducido en *La Nacionalidad Venezolana. I: Antecedentes Históricos*, Caracas, 1983, pp. 209-313.

³⁶ **Gonzalo Parra-Aranguren**. *La Nacionalidad Venezolana Originaria*. Tomo I, Caracas, 1964, Imprenta Universitaria, pp. 263-278.

³⁷ *Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela*, Tomo X, Caracas, Imprenta y Litografía del Gobierno Nacional, 1887, número 2409, p. 14. Se indican dos fechas porque la ley aparece promulgada por el Congreso el cuatro de mayo, a pesar de que el “Ejecútese” del Poder Ejecutivo es del tres de mayo de 1882 (**Gonzalo Parra-Aranguren**. *La Nacionalidad Venezolana Originaria*. Tomo I, Caracas, 1964, Imprenta Universitaria, pp. 166-172).

³⁸ *Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela*, Tomo X, Caracas, Imprenta y Litografía del Gobierno Nacional, 1887, número 2428, p. 22 (**Gonzalo Parra-Aranguren**. *La Nacionalidad Venezolana Originaria*. Tomo I, Caracas, 1964, Imprenta Universitaria, pp. 278-290).

³⁹ *Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela*, Tomo XV, Caracas, Casa Editorial de La Opinión Nacional, 1891, número 4818, p. 253.

(a) Son venezolanos por nacimiento:

1° Todas las personas que hayan nacido o nacieren en el territorio de Venezuela, cualquiera que sea la nacionalidad de sus padres.

2° Los hijos de padre o madre venezolanos por nacimiento que nazcan en el extranjero, siempre que al venir al país se domicilien en él y declaren ante la autoridad competente la voluntad de serlo.

3° Los hijos legítimos que nacieren en el extranjero o en el mar, de padre venezolano que se encuentre residenciado o viajando en ejercicio de una misión diplomática o adscrito a una Legación de la República.⁴⁰

(b) Son venezolanos por naturalización:

1° Los hijos de padre o madre venezolanos por naturalización, nacidos fuera del territorio de la República, si vinieren a domiciliarse en el país y manifestaren su voluntad de ser venezolanos.

2° Los nacidos o que nazcan en las Repúblicas hispanoamericanas o en las Antillas españolas, siempre que unos y otros hayan fijado su residencia en el territorio de la República y manifestado su voluntad de ser venezolanos.

3° Los extranjeros que hubieren obtenido carta de naturaleza o de ciudadanía, conforme a las leyes.⁴¹

40. Las consecuencias del matrimonio sobre la nacionalidad de la mujer casada no fueron reguladas en la Constitución sino en el Código Civil. Sin embargo, el Legislador de 1880 se limitó a reproducir los preceptos del Código Civil del **veinte de febrero de 1873**.

41. En efecto, de acuerdo con su artículo dieciocho

La extranjera que se casare con un venezolano, adquirirá los derechos civiles propios de los venezolanos y los conservará, mientras permanezca casada.

⁴⁰ Gonzalo Parra-Aranguren. *La Nacionalidad Venezolana Originaria*. Tomo I, Caracas, 1964, Imprenta Universitaria, pp. 172-179; 290-302.

⁴¹ *Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela*, Tomo XVII, Caracas, Imprenta Bolívar, 1897, número 5597, pp. 7-8.

42. En consecuencia la adquisición de la nacionalidad venezolana se produjo en forma automática como consecuencia del matrimonio, pero se mantuvo sólo durante su existencia; con posterioridad debía solicitar carta de naturaleza por la vía ordinaria.⁴²

43. Por otra parte, el artículo diecinueve dispuso:

La venezolana que se casare con un extranjero, se reputará como extranjera, respecto de los derechos propios de los venezolanos, siempre que por el hecho del matrimonio adquiera la nacionalidad del marido, y mientras permanezca casada.⁴³

44. La pérdida de los derechos propios de los venezolanos fue una consecuencia inexorable del matrimonio; pero, una vez extinguido, su recuperación también se realizó en forma automática. De esta manera, como había ocurrido bajo el imperio del Código Civil del **veinte de febrero de 1873**, fue posible la múltiple nacionalidad de la mujer, problema que debió ser examinado por varios de los Tribunales Arbitrales Mixtos creados para resolver reclamos diplomáticos propuestos contra Venezuela a lo largo del siglo XIX.⁴⁴

45. A este respecto es de señalar que, durante la vigencia del Código Civil de 1880 fue concluido un **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre El Salvador y Venezuela**, firmado en Caracas el **veintisiete de agosto de 1883**, que dispuso en su artículo sexto:

Serán reconocidos como venezolanos en El Salvador y como salvadoreños en Venezuela, los transeúntes o domiciliados de uno u otro país que comprueben su nacionalidad por los medios establecidos en aquella de las dos Repúblicas en que se hallaren.⁴⁵

⁴² Gonzalo Parra-Aranguren. *La Influencia del Matrimonio sobre la Nacionalidad de la Mujer en la Legislación venezolana*, Caracas, Italgráfica, 1983, pp. 76-87.

⁴³ *Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela*, Tomo IX, Caracas, Imprenta Editorial de Soriano, Sucesores, 1891, número 2268, p. 4 (Gonzalo Parra-Aranguren. *La Influencia del Matrimonio sobre la Nacionalidad de la Mujer en la Legislación venezolana*, Caracas, Italgráfica, 1983, pp. 85-91).

⁴⁴ Gonzalo Parra-Aranguren. *La Influencia del Matrimonio sobre la Nacionalidad de la Mujer en la Legislación venezolana*, Caracas, Italgráfica, 1983, pp. 92-107.

⁴⁵ La aprobación legislativa venezolana es del **tres de junio de 1884**; y el canje de ratificaciones se produjo en Caracas, el **once de diciembre de 1884** (*Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)*, Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 371-383). Su artículo 41 previno: "El presente Tratado durará por el término de cinco años, contados desde el día en que las ratificaciones sean canjeadas, pero si ninguna de las Partes Contratantes anunciare a la otra, por una declaración oficial, un año antes de la expiración de este plazo, su intención de hacerlo terminar, continuará siendo obligatorio para ambas hasta un año después de cualquier día en que se haga tal notificación por una de ellas" (Gonzalo Parra-Aranguren. *La Nacionalidad Venezolana Originaria*. Tomo II, Caracas, 1964, Imprenta Universitaria, pp. 344-345).

46. Por su parte el **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación**, entre **Bolivia y Venezuela**, suscrito en Caracas, el **catorce de septiembre de 1883** dispuso en su artículo cuarto:

La nacionalidad de los individuos nacidos en Venezuela de padre o madre boliviana y de los que nacieren en Bolivia de padre o madre venezolanos, se registrá por las Leyes del país de nacimiento. En caso de conflicto de nacionalidad de los transeúntes se estará a las leyes de aquella de las dos naciones donde el individuo se halle.⁴⁶

IV. LA CONDICIÓN DE LOS EXTRANJEROS

47. De acuerdo con el artículo undécimo de la Constitución del **veintisiete de mayo de 1874**

La ley determinará los derechos que corresponden a la condición de extranjero”.⁴⁷

48. Ahora bien el artículo décimo séptimo del Código Civil del **diez de diciembre de 1880** dispuso:

Los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los venezolanos, con las excepciones establecidas o que se establezcan. Esto no impide la aplicación de las leyes extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas en los casos autorizados por el derecho internacional privado.⁴⁸

49. Algún tiempo después, la Constitución del **veintisiete de abril de 1881** prescribió en su artículo décimo:

Los extranjeros gozarán de los mismos derechos civiles que los venezolanos, y en sus personas y propiedades de la misma seguridad

⁴⁶ **Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**, Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 391-403. La aprobación legislativa se realizó el **doce de junio de 1884** y la ratificación ejecutiva tuvo lugar el **diecisiete de junio de 1884**.

⁴⁷ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VII, Caracas, 1884, Imprenta de La Opinión Nacional, número 1879, p. 43.

⁴⁸ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IX, Caracas, Imprenta Editorial de Soriano, Sucesores, 1891, número 2268, p. 4 (Véanse luego los números 94-114 de este trabajo).

que los nacionales. Sólo podrán usar de la vía diplomática según los tratados públicos y en los casos que el derecho lo permita.⁴⁹

50. De seguida agregó el artículo undécimo:

La ley determinará los derechos que corresponden a la condición de extranjeros, según que éstos sean domiciliados o transeúntes.⁵⁰

51. A este respecto la Ley del **seis de junio de 1884** declaró abierto a los extranjeros de todas las Naciones el territorio de la República y determinó los que gozan de los mismos derechos civiles y garantías que los venezolanos según el artículo 10 de la Constitución Nacional. Ahora bien, en su artículo segundo el Legislador dispuso que “Son los extranjeros admitidos los que gozan de los mismos derechos civiles que los venezolanos, y en sus personas y propiedades de la misma seguridad que éstos, según el artículo 10 de la Constitución”; con la advertencia de que conforme al artículo primero “quedan exceptuados los que determine por declaratoria el Ejecutivo Federal”.⁵¹

52. La Constitución del **dieciséis de abril de 1891** reprodujo, con los mismos números, los artículos diez y once de la Constitución anterior.⁵²

⁴⁹ A este respecto es de advertir que la Convención para el restablecimiento de las relaciones de amistad firmada en Caracas el **veintiséis de noviembre de 1885** por representantes de Francia y Venezuela (Aprobación legislativa del tres de enero de 1886; canje de ratificaciones en París, el veintiséis de marzo de 1886) estableció en su artículo quinto: “A fin de evitar en lo futuro cuanto podría turbar sus relaciones amistosas, las Altas Partes Contratantes consienten en que sus Representantes Diplomáticos no intervendrán en materia de reclamaciones o quejas de los particulares sobre asuntos que son de la competencia de la justicia civil o penal conforme a las leyes locales, a menos que se trate de denegación de justicia o de dilaciones judiciales contrarias al uso o a la ley, de la falta de cumplimiento de una sentencia definitiva, o en fin, de casos en que, a pesar de haberse agotado los medios legales, hay violación evidente de los tratados o de las reglas del derecho de gentes” (**Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**, Caracas, Tipografía Americana, 1951, p. 434).

⁵⁰ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IX, Caracas, Imprenta Editorial de Soriano, Sucesores, 1891, número 2303, pp. 233-234.

⁵¹ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo XI, Caracas, 1891, Imprenta de la Patria, número 2648, p. 121. Los requisitos para la admisión de los extranjeros en el país fueron fijados diez años más tarde por el Decreto Ejecutivo del **catorce de mayo de 1894** (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo XVII, Caracas, 1896, Imprenta Bolívar, número 5899, p. 223). Con anterioridad el Decreto de **catorce de febrero de 1873** se había limitado a declarar en su artículo primero: “Los extranjeros gozarán en el territorio de Venezuela de los mismos derechos civiles que los venezolanos, sin más limitación que las establecidas en la Constitución y las que provengan de leyes especiales” (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, número 1820, p. 243).

⁵² **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo XV, Caracas, Casa Editorial de La Opinión Nacional, 1891, número 4818, p. 253.

53. Con relación a la materia la Constitución del **veintiuno de junio de 1893** sancionó las siguientes disposiciones:

Artículo 9. Los extranjeros gozan de todos los derechos civiles de que gozan los nacionales; y pueden hacer uso de ellos en el fondo, la forma o procedimiento y en los recursos a que den lugar, absolutamente en los mismos términos que dichos nacionales.

Artículo 10. La Nación no tiene ni reconoce a favor de los extranjeros ningunas otras obligaciones o responsabilidades que las que, a favor de los nacionales, se hallen establecidas en igual caso por la Constitución y las leyes.

Artículo 11. El Gobierno de Venezuela no celebrará con otras naciones ninguna especie de tratados sin que reconozcan los principios establecidos en los dos artículos anteriores.

Artículo 12. La ley determinará los derechos y deberes que corresponden a los extranjeros no domiciliados.⁵³

V. LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES VENEZOLANOS

54. La Sección Tercera (*Del domicilio*), Título Primero (*De las personas en general, y de las personas en cuanto a su nacionalidad y domicilio*), Libro Primero (*De las personas*), del Código Civil del **diez de diciembre de 1880** incluyó el artículo veintiséis, que reprodujo el artículo veintisiete del código anterior. En consecuencia fue prescrito:

Pueden ser demandados en Venezuela, aun los no domiciliados en ella, por obligaciones contraídas en la República, o que deben tener ejecución en ella.⁵⁴

55. Al respecto explicó el Licenciado **Luis Sanojo** que “cuando un juicio versa sobre el cumplimiento de una obligación o sobre un derecho en una cosa mueble, el Tribunal competente, según la legislación y jurisprudencia

⁵³ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo XV, Caracas, 1891, Casa Editorial “La Opinión Nacional” Número 4818, p. 253.

⁵⁴ El artículo veintiocho, también sin distinguir con fundamento en la nacionalidad, agregó: “El demandante no domiciliado en Venezuela debe afianzar el pago de lo que fuere juzgado y sentenciado, a no ser que posea bienes en cantidad suficiente”.

universal, es el del domicilio del demandado;⁵⁵ pero hay casos excepcionales en que puede instaurarse el juicio en un lugar distinto”. En su criterio se trata de un derecho conferido a la parte demandante, que puede ejercer o no, de acuerdo con sus conveniencias, según lo demuestra la palabra “pueden”, utilizada por el Legislador.

56. El Licenciado **Luis Sanojo** también advirtió:

Este artículo no distingue entre venezolanos y extranjeros, sino únicamente entre domiciliados y no domiciliados, y por lo mismo todo el que se encuentre en los casos a que se contrae puede ser demandado en Venezuela, sea o no nacional, así sea quien fuere el demandante.⁵⁶

57. El Licenciado **Luis Sanojo** asimismo sostuvo:

Es una consecuencia de este artículo, que si un venezolano es condenado en un país extranjero al cumplimiento de una obligación contraída en él, o que debiera tener ejecución en el mismo, la sentencia debe tenerse como legítima en Venezuela, porque no es racional que queramos sustraer nuestros ciudadanos en las naciones extranjeras a los procedimientos a que sometemos en la nuestra a los hijos de otras tierras.⁵⁷

58. En sus comentarios a un precepto idéntico del Código Civil del **dieci-nueve de mayo de 1896** el doctor **Aníbal Dominici** explicó:

Al hablar aquí la ley de los no domiciliados, incluye a los que tampoco tienen residencia; que hace las veces de domicilio para los que no lo tienen conocido, Art. 22, y a los que ni siquiera de tránsito se encuentran en el territorio de la República, los cuales pueden ser citados donde se hallen, artículo 32, Código citado.⁵⁸

⁵⁵ De acuerdo con el artículo veinte del Código Civil del **diez de diciembre de 1880** “el domicilio de una persona se halla en el lugar donde tiene el asiento principal de sus negocios e intereses”; y el artículo veintidós explicó: “La mera residencia hace las veces de domicilio respecto de las personas que no lo tienen conocido en otra parte”.

⁵⁶ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil Venezolano**, Imprenta Nacional, Tomo I, Caracas, 1873, Número 71, p. 78.

⁵⁷ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil Venezolano**, Imprenta Nacional, Tomo I, Caracas, 1873, Número 71, pp. 78-80.

⁵⁸ **Aníbal Dominici. Comentarios al Código Civil Venezolano**, Editorial Rea, Caracas, 1962, Tomo I, pp. 76-77. La referencia es al artículo 32 del Código de Procedimiento Civil del **diez de diciembre de 1880**, vigente en la época.

59. La solución consagrada en el artículo veintiséis del Código Civil fue reproducida en el ordinal segundo del artículo 45 del Código de Procedimiento Civil del **diez de diciembre de 1880**, que repitió el mismo precepto del Código anterior. En consecuencia, atribuyó jurisdicción a los tribunales venezolanos, aun cuando el demandado no tenga domicilio en la República, “si se trata de obligaciones provenientes de contratos o hechos verificados en la República, o que deban ser ejecutados en ella”.⁵⁹ En criterio del Licenciado **Luis Sanojo** la disposición se justifica porque

constituye consagración expresa de los principios de Derecho internacional, que someten a las leyes de un país las obligaciones contraídas en él por un extranjero y las que hayan de tener ejecución en el mismo, sea por el pacto, sea por la naturaleza de la obligación.⁶⁰

VI. LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS EN VENEZUELA

60. En seguimiento de las directrices establecidas en el Código Civil del **veinte de febrero de 1873** el Legislador de 1880 se abstuvo de incluir normas sobre la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras en Venezuela. Los preceptos respectivos fueron consagrados en el Título Décimo Noveno, bajo la denominación *Ejecución de los Actos Extranjeros en Venezuela*, que formaba parte del Libro Tercero, distinguido con el nombre *Procedimientos Especiales*, del Código de Procedimiento Civil del **diez de diciembre de 1880** con vigencia a partir del veintisiete de abril de 1881 por mandato de su artículo 562; y los cuales se limitaron a reproducir las reglas

⁵⁹ El artículo 45 del Código de Procedimiento Civil venezolano del **veinte de febrero de 1873** reprodujo los dos primeros ordinales del artículo 105 y el inciso segundo artículo 106 del código italiano de 1865. En consecuencia dispuso: “El que no tenga domicilio en la República, puede ser demandado ante las autoridades judiciales de la misma, aunque no se encuentre en su territorio: 1º Si se trata de acciones sobre bienes inmuebles o muebles existentes en la República. 2º Si se trata de obligaciones provenientes de contratos o hechos verificados en la República, o que deben ser ejecutados en ella. También puede demandarse en la República, si se encuentra en ella” (**Gonzalo Parra-Aranguren**, *Nociones Históricas sobre la Jurisdicción Civil Internacional de los Tribunales Venezolanos (1830-1987)*, **Nuevos Estudios de Derecho Procesal, Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor**, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, N° 8, Caracas/Venezuela/2002, Fernando Parra Aranguren, Editor, Volumen II, pp. 9-106).

⁶⁰ **Luis Sanojo**, *Exposición del Código de Procedimiento Civil, con su Texto*. Caracas, Imprenta Federal, 1876, número 142, p. 85.

consagradas en el Código anterior,⁶¹ objeto de importantes comentarios del Licenciado **Luis Sanojo**.⁶²

61. En consecuencia el artículo 557 del Código de Procedimiento Civil del **diez de diciembre de 1880** dispuso:

Para que a una sentencia dictada por un Tribunal extranjero pueda dársele fuerza ejecutoria en la República se requiere: 1° Que la sentencia no verse sobre bienes inmuebles situados en Venezuela. 2° Que la sentencia haya sido pronunciada por una autoridad judicial competente. 3° Que haya sido pronunciada, habiéndose citado regularmente las partes. 4° Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en Venezuela y que la sentencia no contenga disposiciones contrarias al orden público o al derecho público interior de la República.

62. El artículo 556 había dispuesto que “Corresponde a la Alta Corte Federal declarar la fuerza ejecutoria de las sentencias extranjeras”: y así mismo fue prescrito:

Artículo 558. Para que se declare ejecutoria la sentencia es necesario que se cite a aquél contra quien obre la sentencia para el décimo día y que se admita a las partes a informar de palabra, en audiencia pública, lo que crean conveniente a la defensa de sus derechos.

La parte que promueve el juicio debe presentar la sentencia en forma auténtica.

Artículo 559. Las providencias de los Tribunales extranjeros concernientes al examen de testigos, experticias, juramentos, interrogatorios y otros actos de mera instrucción que hayan de practicarse en la República, se ejecutarán con el simple decreto del juez de primera instancia que tenga jurisdicción en el lugar en que hayan de verificarse tales actos.

⁶¹ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia, de Evaristo Fombona, número 1828, p. 776. El Código de Procedimiento Civil del veinte de febrero de 1873 entró en vigencia el **veintisiete de abril de 1873**, por mandato de su artículo 557 y sus preceptos se inspiraron en el Código de Procedimiento Civil italiano que, al decir de **Luigi Mattiolo**, reprodujo las normas correspondientes del Código Sardo (**Trattato de Diritto Giudiziario Civile Italiano**, Volumen VI, Roma-Turín-Florenia, 1887, Fratelli Bocca, Editori, Número 992, p. 728. Nota 7).

⁶² **Luis Sanojo. Exposición del Código de Procedimiento Civil, con su Texto**. Caracas, Imprenta Federal, 1876, números 699-711, pp. 447-451.

Artículo 560. Las disposiciones del artículo anterior son aplicables a las citaciones que se hagan a individuos residentes en la República, para comparecer ante autoridades extranjeras y a las notificaciones de actos procedentes de país extranjero.⁶³

63. La consideración del régimen consagrado para declarar la ejecutoria de las sentencias extranjeras excede los límites de este trabajo, restringido sustancialmente al examen del Derecho Internacional Privado en el Código Civil venezolano del **diez de diciembre de 1880**. No obstante, se darán algunos imprescindibles informes sobre la jurisprudencia de la época en virtud de haberse presentado durante la vigencia del Código de Procedimiento Civil del **diez de diciembre de 1880** las primeras solicitudes a la Alta Corte Federal para obtener la declaratoria de fuerza ejecutoria de sentencias extranjeras en el territorio de la República.

64. Finalmente, el artículo 561 del Código de Procedimiento Civil dispuso que “las disposiciones de este título quedan subordinadas a las de los tratados y convenciones internacionales y a las de las leyes particulares”.

65. Desconocemos la existencia de “leyes particulares” promulgadas sobre la materia;⁶⁴ pero, con relación a la asistencia judicial internacional en sentido

⁶³ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IX, Caracas, 1891, Imprenta Editorial de Soriano, Sucesores, número 2269, p. 195.

⁶⁴ La mayoría de la Alta Corte Federal, compuesta por *J. A. Grando B.* (Relator), *Víctor Manuel Mago* (Canciller), *J. R. Pachano* (Vocal), y los Conjueces, *Mariano Herrera*, *J. A. Losada Piñerúa*, *Mariano Díez* y *Bartolomé Ramírez*, en sentencia del **catorce de junio de 1894**, declaró inadmisibles las excepciones dilatorias propuestas por los apoderados y defensores de las **Compañías Carenero Railway and Navigation Limited y Venezuela Public Works and Credit Limited** en el juicio intentado por la **Compañía General de Ferrocarriles de Vía Estrecha** para obtener se declarara la fuerza ejecutoria en Venezuela de la sentencia dictada el veinte de julio de 1891 por el Tribunal de Comercio de Bruselas. En su voto salvado el Vicepresidente doctor **Eduardo Gárate** y el Vocal, doctor **Crispín Yépez hijo**, se pronunciaron por su admisibilidad con fundamento en la aplicación preferente de las leyes particulares prescrita en el artículo 561 del Código de Procedimiento Civil, pues en su criterio, “qué leyes particulares pueden ser éstas, sino las del mismo Código de Procedimiento Civil, y entre ellas, la que instituye las mencionadas excepciones dilatorias?” (**Memoria de la Alta Corte Federal al Congreso de los Estados Unidos de Venezuela en 1894**, Caracas, Imprenta al vapor de la Opinión Nacional, 1894, pp. 408-409). Sin embargo, esta interpretación no parece responder a la mente del legislador pues, según explica **Sebastiano Gianzana** la aplicación preferente de las *leggi speciali* prevista en el artículo 950 del Código de Procedimiento Civil italiano, modelo de nuestro artículo 561, alude a “aquellas leyes sobre la propiedad industrial y literaria, o de naturaleza similar, que por razones especiales incluyen normas relativas al juicio de *delibazione*” (**Lo Straniero nel Diritto Civile Italiano. Commento agli Art. 6-12 Dispos. Preliminari, Art. 3 Cod. Civil e relativi Art. 105-107, 941-950**, Volumen Primero, Parte Tercera, Turin, Unione Tipografico-Editrice, 1884, pp. número 107, pp. 67-68).

amplio, son de recordar varios tratados durante la vigencia del Código Civil de 1880. En efecto, el **veintisiete de agosto de 1883**, fue suscrito en Caracas el **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre El Salvador y Venezuela**, que dispuso al respecto:

Artículo 12. Los exhortos y comisiones rogatorias que los tribunales de una de las dos Naciones Contratantes dirijan a los tribunales de la otra, en materia de substanciación, se cumplirán siempre que estén debidamente tramitados y legalizados conforme a las leyes de ambas Naciones.

Artículo 13. Los trámites que han de seguirse para el cumplimiento de los exhortos o comisiones rogatorias a que se refiere el artículo anterior serán los establecidos en aquella de las dos Naciones contratantes en que deba dárseles curso”.⁶⁵

66. De igual manera el **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Venezuela y Bolivia**, celebrado en Caracas el **catorce de septiembre de 1883**, dispuso en su artículo décimo:

Los documentos, obligaciones y contratos otorgados en una de las Naciones Contratantes, con arreglo a las formas establecidas en sus leyes, así como las sentencias arbitrales y las pronunciadas por los tribunales, en materia civil, que estén ejecutoriadas, surtirán en el territorio de la otra, los mismos efectos legales que los documentos, obligaciones y contratos celebrados dentro de los límites de su jurisdicción, y que las sentencias pronunciadas por sus propios tribunales, siempre que la ejecución de cualquiera de estos actos no se oponga a su constitución y leyes.

Los trámites en tales casos serán los establecidos en el país en que se haga la gestión que corresponda.⁶⁶

⁶⁵ **Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**, Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 371-383. La aprobación legislativa venezolana es del **tres de junio de 1884**; y el canje de ratificaciones se produjo en Caracas, el **once de diciembre de 1884**.

⁶⁶ El **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre El Salvador y Venezuela** suscrito en Caracas el **veintisiete de agosto de 1883** se limitó a disponer en su artículo décimo: “Los contratos e instrumentos públicos celebrados en Venezuela de conformidad con sus leyes, son válidos y causan los efectos que procedan en justicia ante los Tribunales de El Salvador, siempre que no sean contrarios a su constitución y leyes; y recíprocamente son válidos y causan los mismos efectos, los celebrados en El Salvador, ante los Tribunales de Venezuela” (**Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**, Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, p. 373).

67. De seguida fue previsto en el artículo undécimo:

Para que los documentos a que se refiere el artículo anterior, procedentes de una de las dos Naciones contratantes, produzcan efectos legales en la otra, es necesario que estén autenticados conforme a las leyes y prácticas establecidas en ambos países.⁶⁷

68. Hasta donde nuestro conocimiento llega ninguna sentencia de naturaleza contenciosa pronunciada en materia civil por los tribunales de Bolivia fue objeto de reconocimiento o ejecución en Venezuela, con base en el Tratado concluido entre ambas Repúblicas el catorce de septiembre de 1883. No se encuentra mención alguna en las Memorias de la Alta Corte Federal, órgano encargado de declarar su ejecutoria por mandato del artículo 556 del Código de Procedimiento Civil. Por tanto, resulta imposible determinar, con fundamento en la práctica, el significado de la reserva establecida en los casos de oposición “a su constitución y leyes”, contemplada en el artículo décimo; y tampoco puede emitirse pronunciamiento sobre si la referencia a las “leyes” incluía el necesario cumplimiento de las condiciones exigidas en el artículo 557 del Código de Procedimiento Civil para conceder fuerza ejecutoria en la República a una sentencia extranjera.

69. En el artículo duodécimo del **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación** concluido entre **Venezuela y Bolivia** el **catorce de septiembre de 1883** también se convino:

Los exhortos y comisiones rogatorias que los Juzgados o Tribunales de cada una de las dos Naciones Contratantes dirigieron a los de la otra, en materia de procedimiento civil, se cumplirán siempre que estén en debida forma y autenticados con arreglo a las leyes de ambos países. Los trámites que deberán seguirse para su cumplimiento, serán los establecidos en la Nación donde deba dárseles curso.

70. De esta manera en ambos Tratados se atribuyó competencia a la *lex fori* para regir los trámites procesales, en conformidad con la doctrina más acreditada sobre la materia. No obstante esta general aceptación, nada al respecto había sido previsto en el Código Civil o en el Código de Procedimiento Civil, ambos del **diez de diciembre de 1880**.

⁶⁷ **Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**, Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 391-403. La aprobación legislativa se realizó el **doce de junio de 1884** y la ratificación ejecutiva tuvo lugar el **diecisiete de junio de 1884**.

71. Con relación a esta materia es asimismo de recordar el impacto incidental en Venezuela de la Resolución adoptada el **catorce de septiembre de 1883** por *Asociación para la Reforma y Codificación del Derecho de Gentes*, que sugirió se convocara una Conferencia para examinar un *Proyecto de Convenio sobre la ejecución de las sentencias extranjeras en materia civil y comercial*. La idea fue recogida por el Ministro de Relaciones Exteriores de Italia, **Pasquale Stanislao Manzini**, en sus esfuerzos tendientes a la codificación del Derecho Internacional Privado. En consecuencia, con fecha **diecinueve de marzo de 1884**, se dirigió a los representantes italianos en quince Estados Europeos, en los Estados Unidos de América del Norte y en trece Estados de la América Latina, para encomendarles obtener la opinión de los respectivos Gobiernos sobre la conveniencia de realizar la convocación.

72. Así lo hizo **Giuseppe Bensalmoni**, a cargo de la Legación italiana en Caracas, en correspondencia dirigida al Ministerio de Relaciones Exteriores venezolano el **diez de mayo de 1884**, con indicación de las bases respectivas y con referencia a la propuesta formulada por el Gobierno neerlandés en enero de 1874.

73. Dos meses y medio más tarde, en **treinta de junio de 1884**, el Ministerio de Relaciones Exteriores, a cargo del General **Vicente Amengual** le hizo saber:

en vista de lo laudable e importante del propósito, que al alcanzarse se daría un gran paso en el camino de la armonía y concordia de los pueblos civilizados, Venezuela lo acepta en principio y ofrece su concurso en la misma forma en que lo hagan los Gobiernos amigos de Europa y de América.

74. No obstante, agregó los siguientes conceptos:

El Gobierno no ha dejado de valorar los múltiples inconvenientes que habrá que vencer en la realización de tan gigantesco pensamiento. Nacido el Derecho de Gentes mil doscientos cuarenta y cuatro años de la Era Cristiana, ha atravesado ya treinta siglos sin conformidad verdadera entre las Naciones y sus Gobiernos, siendo lamentable el notarse que no la promueven sus diversos intereses, pues parece que el progreso material e intelectual no ha llegado a la perfección que requiere un estado tal de equilibrio social. No embargante esto, la República de Venezuela toma parte en el concurso en la forma y que he tenido la honra de expresar a VS.⁶⁸

⁶⁸ **El Libro Amarillo. 1884**, Caracas, 1885, pp. 122-124.

75. Ahora bien, Alemania, Estados Unidos de la América del Norte se negaron a participar y posiblemente esta actitud explica la suspensión *sine die* de la Conferencia. No obstante la persistencia del Gobierno neerlandés en los mismos propósitos condujo a la celebración la Primera Sesión Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado celebrada entre el **doce** y el **veinticuatro de septiembre de 1893**.⁶⁹

VII. LA DETERMINACIÓN DEL DERECHO APLICABLE

76. De acuerdo con la metodología adoptada por el legislador venezolano, las normas fundamentales para escoger la ley aplicable a los supuestos de hecho conectados con varias legislaciones simultáneamente vigentes fueron incluidas el Título Preliminar del Código Civil, denominado: *De las Leyes y sus Efectos, y de las Reglas Generales para su Aplicación*.

77. El artículo décimo séptimo del Código Civil de 1880 repitió el principio consagrado en los Códigos anteriores, según el cual “Los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los venezolanos, con las excepciones establecidas o que se establezcan”; pero, por primera vez en la historia jurídica venezolana, en el segundo párrafo reguló expresamente la ley aplicable a su estado y capacidad. Sin embargo, el precepto fue incluido en la Sección Segunda, titulada *De las Personas en cuanto a su Nacionalidad*, Libro Primero (*De las Personas*), Título Primero (*De las Personas en General, y de las Personas en cuanto a su Nacionalidad y Domicilio*). Esta ubicación será conservada en todos los Códigos Civiles posteriores; y también lo hizo el Código Civil de 1916, no obstante haber modificado su redacción.

78. El legislador de 1880 también consagró reglas aisladas en materia de celebración del matrimonio (artículos 72-73 y 114; 124-127); determinó la ley aplicable a la forma de los testamentos otorgados en el extranjero por los militares y personas empleadas en el ejército (artículo 749); dispuso sobre la hipoteca judicial constituida en país extranjero (artículo 1818) y con relación a la necesidad de registro de las sentencias y los actos celebrados en país extranjero (artículo 1851).

⁶⁹ Gonzalo Parra-Aranguren. *La Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado*, **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello**, Caracas, 1967, número 37; reproducido en **Escritos Diversos de Derecho Internacional Privado**, Caracas, 1998, Liberil S.R.L. p. 24-27; Jürgen Samtleben. *Internationales Privatrecht in Lateinamerika*, Tomo I, *Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1979, p. 14.

VIII. LAS NORMAS FUNDAMENTALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(1) El artículo sexto

79. De acuerdo con el **artículo sexto** del Código Civil

La autoridad de la ley se extiende a todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.

80. El mismo texto había sido incluido en el primer Código Civil venezolano del **veintiocho de octubre de 1862**, en seguimiento del Código Civil chileno de 1855, inspirado a su vez en las ideas de **Andrés Bello** que reprodujeron las enseñanzas de **Ulricus Huber**. De acuerdo con ellas las leyes de cada Estado tienen vigencia y obligan a todas las personas que se encuentren dentro de los límites de su territorio, pero no más allá de sus fronteras.⁷⁰ En consecuencia, corresponde a cada Estado determinar los casos de aplicación del derecho extranjero; y si no lo dispone en forma expresa la controversia debe ser decidida conforme a su propia ley.

81. Idéntica interpretación fue hecha por el doctor **Ángel César Rivas** del precepto similar, consagrado en los Códigos Civiles venezolanos anteriores a 1880, cuando sostuvo:

A menos que se tratase de apreciar una situación de derecho nacida fuera del territorio, no pudo hablarse en toda aquella época de la observancia de la ley extranjera; y para eso mismo, el Juez tuvo sin duda que invocar la *comitas gentium*.⁷¹

⁷⁰ **Ernst Lorenzen**. *Huber's De Conflictu Legum, Selected Articles on the Conflict of Laws*, New Haven, 1947, p. 164. En la tercera edición de sus **Principios de Derecho Internacional**, aparecida en 1864, nueve años después de la sanción del Código Civil chileno, **Andrés Bello** afirmó en términos expresos: "El primer principio que ha tenerse presente, es que las leyes de cada Estado son completamente obligatorias respecto de todos los bienes raíces o muebles que se encuentran en su territorio, y respecto de todas las personas que lo habitan, aunque no hayan nacido en él y asimismo respecto de todos los contratos y demás actos jurídicos celebrados en ese mismo territorio. Compete, por consiguiente, a cada soberano fijar las condiciones necesarias para la adquisición y transmisión de los bienes; determinar el estado civil y capacidad de las personas, lo mismo que el valor de los contratos y otros actos, y los derechos y obligaciones que de ellos resulten y finalmente prescribir el modo de hacer valer las acciones judiciales que se intenten ante las judicaturas nacionales" (**Andrés Bello**. **Principios de Derecho Internacional**, Tercera Edición, corregida y aumentada, Valparaíso, Imprenta de La Patria, 1864; reproducida en **Andrés Bello**. **Tomo X, Derecho Internacional, Volumen I**, Caracas, Venezuela, 1954, Ministerio de Educación. Comisión Editora de las Obras Completas de Andrés Bello, Biblioteca Nacional, Imprenta López, Buenos Aires, capítulo IV, número 3, pp. 86-87).

⁷¹ **Ángel César Rivas**. *De la observancia de la Ley extranjera y de su garantía*, **Anales de la Universidad Central de Venezuela**, Tomo VII, 1906, p. 278.

82. No obstante, es de recordar que, según explicó **Andrés Bello**, aun cuando “un Estado sólo atiende a sus propias leyes para calificar de legales e ilegales los actos que se ejecuten bajo su imperio, los actos ejecutados en otro territorio y bajo el imperio de otras leyes deben calificarse de legales o legales con arreglo a éstas”; pues si no fuese así “la comunicación entre los pueblos estaría sujeta a gravísimos inconvenientes”.⁷²

(2) El artículo séptimo

83. El artículo séptimo del Código Civil dispuso:

Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, obligan a los venezolanos aunque residan o tengan domicilio en país extranjero.

84. De esta manera el Legislador de 1880 repitió el artículo séptimo del Código Civil de 1873, copia del artículo octavo del Código Civil de 1867, que, a su vez, reprodujo el artículo séptimo del Proyecto español de 1851, objeto de comentarios de **Florencio García Goyena**.⁷³ En consecuencia, se mantuvo la eliminación de las restricciones establecidas en el Código Civil de 1862 a la esfera de vigencia de la ley venezolana en el extranjero que, en materia de estado y capacidad de las personas, limitaba su aplicación a los actos que debían tener efecto en Venezuela, o con relación a cónyuges y parientes venezolanos, en el caso de obligaciones y derechos nacidos de las

⁷² **Andrés Bello**, *Principios de Derecho Internacional*, segunda edición corregida y aumentada, Caracas, Imprenta Almacén de J. M. Rojas, 1847, Capítulo Cuarto, Sección 6, pp. 58-59. Con relación al Código Civil venezolano de 1862, véase: **Gonzalo Parra-Aranguren**, *La Regulación del Derecho Internacional Privado en el Código Civil Venezolano del veintiocho de octubre de 1862*, **Temas de Derecho Internacional Privado, Libro Homenaje a Juan María Rouvier**, Fernando Parra Aranguren, Editor, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje N° 12, Caracas, Venezuela, 2003, pp. 481-596.

⁷³ En la época el libro de **Florencio García Goyena**, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Tomo I, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, era de fácil obtención en Caracas como lo demuestra su ofrecimiento público hecho por la *Librería De Rosa, Bouret y Co.* en el *Diario de Avisos y Seminario de las Provincias*, Caracas, número 95, *trece de mayo de 1857*. Por otra parte, fue mencionado en las *Observaciones* hechas en el *Informe del veinticuatro de abril de 1862*, presentado por **Francisco Conde**, **Pedro Núñez de Cáceres** y **Juan Martínez** en su carácter de miembros de la Comisión encargada de la revisión del Proyecto de Código Civil presentado por el doctor **Julián Viso**.

relaciones de familia.⁷⁴ Esta solución había sido defendida por **Andrés Bello** con el señalamiento de que existen ciertas leyes “de cuya observancia no podemos eximirnos donde quiera que estemos, como son aquellas que nos imponen obligaciones particulares para con el Estado o para con otros miembros de la asociación civil a que pertenecemos”.

85. En comentarios a un artículo del Código Civil del **diecinueve de mayo de 1896**, idéntico al precepto consagrado en 1880, el doctor **Ramón F. Feo** explicó que el legislador se había limitado a imponer a los nacionales el sometimiento de las leyes venezolanas, “porque sin duda no se creyó posible extenderse a imponer a los jueces extranjeros la obligación de aplicarlas”.⁷⁵ De igual modo **Francisco Gerardo Yanes**, con relación al mismo precepto del Código Civil de 1904, destacó que “el artículo se refiere a los venezolanos y sólo se dirige a los jueces de Venezuela”.⁷⁶

86. De conformidad con la opinión generalizada de la doctrina patria y en referencia específica al Código Civil de 1896, el doctor **Aníbal Dominici** sostuvo que el precepto regula el estatuto personal; y agregó los siguientes comentarios:

El *estatuto personal* se funda jurídicamente en la *nacionalidad* y filosóficamente en que la persona civil es indivisible, como la persona física. Sería contrario a la razón y a la conveniencia pública que el hombre pudiese cambiar de estado, cambiando de país; que en una Nación fuese capaz y en otra incapaz para el ejercicio de los

⁷⁴ De acuerdo con el **artículo octavo** de la Ley Primera del Título Preliminar, que reprodujo el artículo décimo quinto del Código Civil chileno de 1855, “Los venezolanos están siempre sometidos a las leyes patrias que regulan las obligaciones y derechos civiles, aunque residan o tengan domicilio en país extranjero: 1º En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en Venezuela. 2º En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes venezolanos” (**Código Civil. Edición Oficial**. Caracas. Imprenta El Independiente, 1862, pp. 3-4). Al decir de **Haroldo Valladão** los dos incisos del artículo décimo quinto del Código Civil chileno rigen a los nacionales en el extranjero en virtud de la soberanía personal del Estado; fundamento que no permitía ordenar la aplicación de la *lex patriae* a los extranjeros en términos generales. En su criterio, se trata de preceptos que consagran dos principios universales, a saber, “evitar el fraude a la ley y proteger a los nacionales, aun cuando de la manera más estricta posible, en forma muy unilateral, sin violación de la soberanía extranjera”, pues no pretendió imponer su respeto fuera del territorio de la República de Chile (**Haroldo Valladão. Le Droit International Privé des États Américains, Recueil des Cours**, Tomo 81, 1952 II, pp. 42-42).

⁷⁵ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Gutenberg, Volumen Primero, Caracas, 1904, Tomo I, p. 32.

⁷⁶ **Francisco Gerardo. Memorándum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho)**. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 89.

derechos inherentes a su individualidad. Eso equivaldría a poseer distintas personas civiles. El estatuto expresado puede cambiar con la nacionalidad en las Naciones donde por la naturalización en país extranjero se pierde la condición de nacional de un país, y se adquiere la de otro.⁷⁷

87. En términos similares **Francisco Gerardo Yanes** indica el artículo “es la consagración del estatuto personal”; y explica la solución en los términos siguientes:

Existiendo en Venezuela unidad legislativa, el estatuto personal no depende del domicilio sino de la ley nacional: los conflictos no pueden surgir dentro del país, sino respecto a otras legislaciones. El artículo, por lo demás, es terminante, no se presta a sutilezas, es muy claro, “aunque residan o tengan su domicilio en país extranjero”. Priva, pues, la ley nacional, sobre el domicilio. Justificación. Es preferible que el estatuto personal dependa de la ley nacional, porque el domicilio es una noción menos precisa, más variable. De otra parte, el domicilio perdió su influencia en el estatuto personal, cuando la unidad territorial de los imperios surgió del feudalismo y la unidad legislativa suprimió los conflictos entre las costumbres de un mismo país.⁷⁸

⁷⁷ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, Caracas, 1897, pp. 32-33. De seguida agrega: “La Constitución de Venezuela no reconoce la pérdida ni la suspensión de la nacionalidad venezolana en ningún caso, y por consiguiente los venezolanos no pueden cambiar su *estatuto personal*, salvo lo prescrito en el artículo 19” (con relación al caso de la venezolana que contrae matrimonio con extranjero). En el mismo sentido se expresó el doctor **Lorenzo Herrera Mendoza** en sus años mozos: “no reconociendo nuestra Constitución ningún caso en que se pierda la nacionalidad, el estado y la capacidad de los nacionales continuarán comprendidos en el radio de acción de las leyes venezolanas. Es cierto que nuestra Constitución Nacional no contiene ninguna disposición expresa sobre este particular; pero de los términos de su artículo 5° se deduce que tal ha sido la *mens legislatoris*, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19 del Código Civil sobre la nacionalidad de la mujer venezolana que se casare con un extranjero” (*Autoridad Extraterritorial de las Leyes sobre el Matrimonio* (Tesis de Opción al Doctorado en Ciencias Política), **Anales de la Universidad Central de Venezuela**, Año II, Tomo III, Números II y IV, julio-diciembre de 1902, pp. 432-433). (Véase **Gonzalo Parra-Aranguren**. *La Nacionalidad Venezolana Originaria*. Tomo I, Caracas, 1964, Imprenta Universitaria, pp. 263-302). Según parece, la referencia es al artículo quinto de la Constitución del **veintiuno de junio de 1893** (véase antes el número 39 de este trabajo).

⁷⁸ **Francisco Gerardo Yanes**. *Memorándum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho)*. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 89.

(3) El artículo décimo séptimo

88. Con fundamento en el artículo octavo del Código Civil del **veintiuno de mayo de 1867**, que declaró obligatorias a los venezolanos, aunque residan o tengan domicilio en país extranjero, las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, el Licenciado **Luis Sanojo** sostuvo

que en nuestro concepto por lo menos, la regla es recíproca, es a saber: que las leyes del respectivo país obligan a los extranjeros residentes o domiciliados en Venezuela en el mismo asunto, a no ser que contengan disposiciones contrarias al orden público o a las buenas costumbres. No es natural suponer que la República quiera conservar sobre sus hijos residentes o domiciliados en países extranjeros, derechos que no reconoce en otras naciones respecto de los suyos, que se han domiciliado o que residen en nuestro territorio.⁷⁹

89. Las ideas anteriores fueron recogidas en el **artículo sexto** del Proyecto de Código Civil de 1869 que dispuso:

Las leyes obligan a todos los habitantes de la República.

En cuanto al estado y capacidad de las personas y a las relaciones de familia, regirán las leyes del país a que pertenece la persona.⁸⁰

90. En sus comentarios al artículo séptimo del Código Civil del **veinte de febrero de 1873**, el Licenciado **Luis Sanojo** repitió que, “por reciprocidad, debemos concluir que a los extranjeros deben aplicarse las Leyes de su Nación relativas a las mismas materias aunque residan o tengan domicilio en Venezuela”.⁸¹

91. Los comentarios del Licenciado **Luis Sanojo** sólo pueden entenderse como afirmaciones *de lege ferenda*, por cuanto los artículos séptimo y sexto de Códigos Civiles de 1867 y de 1873 consagraron, en términos categóricos, el principio de la territorialidad de la ley y permitieron la aplicación de derecho extranjero únicamente en los casos expresamente ordenados por el

⁷⁹ **Luis Sanojo. Juicio crítico sobre el Código Civil.** Caracas. Imprenta de El Federalista, 1867, p. 8.

⁸⁰ **Gonzalo Parra-Aranguren. El Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Código Civil Venezolano de 1869, Revista del Tribunal Supremo de Justicia**, número 9, Caracas, 2003, pp. 91-168.

⁸¹ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 39, p. 39.

Legislador;⁸² pero éste nada dispuso sobre el derecho competente para regular el estado y capacidad de los extranjeros en Venezuela, como destacan los doctores **Ángel César Rivas**⁸³ y **Francisco Gerardo Yanes**.⁸⁴

92. La interpretación anterior encuentra fundamento adicional en los fallidos intentos de restringir la absoluta vigencia del principio de la territorialidad de la ley con ocasión de los trabajos preparatorios del Código Civil del **veinte de febrero de 1873**. Según advierte el doctor **Francisco Gerardo Yanes**, en su borrador

pueden verse las vacilaciones de la Comisión en la redacción del artículo sexto. Primero fue redactado así: “Las leyes obligan a todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros, salvar las excepciones que ellas mismas establezcan o que reconozca el Derecho Internacional”. Luego fue modificado: “La autoridad de la ley se extiende a todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros, *salvo las excepciones que el Derecho internacional autorice*”. Y por último se testaron las palabras en bastardilla.⁸⁵

⁸² **Gonzalo Parra-Aranguren**. *El Derecho Internacional Privado en el Código Civil venezolano del veintiuno de octubre de 1867, El Derecho Privado y Procesal en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Universidad Católica Andrés Bello - Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, Caracas, 2003, Miniprés, Tomo II, pp. 541-572; **Gonzalo Parra-Aranguren**. *Las normas de Derecho Internacional Privado venezolano en el Código Civil venezolano del veinte de febrero de 1873, Temas de Derecho Civil. Libro-Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros-Homenaje, Número 14, Caracas, 2004, Editorial Texto, Fernando Parra Aranguren, Editor, Tomo II, pp. 107-224.

⁸³ **Ángel César Rivas**. *De la observancia de la Ley extranjera y de su garantía*, **Anales de la Universidad Central de Venezuela**, Tomo VII, 1906, pp. 277-278.

⁸⁴ **Francisco Gerardo Yanes**. *Memorándum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho)*. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, pp. 124-125.

⁸⁵ **Francisco Gerardo Yanes**. *Memorándum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho)*. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 125, nota 1. La referencia a las vacilaciones, según aparecen en los borradores o minutas de la Comisión de 1873, es reiterada por **Lorenzo Herrera Mendoza**, quien, en febrero de 1943, afirmó “que se guardan en el Colegio de Abogados del Distrito Federal”; y al transcribir la primera redacción del artículo sexto destacó en itálica la frase: *salvo las excepciones que ellas mismas establezcan o que reconozca el Derecho Internacional* (**La Escuela Estatutaria en Venezuela y su Evolución hacia la Territorialidad**, Caracas, 1943, reproducido en **Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos**, Caracas, 1960, Emp. “El Cojo”, S.A., p. 128). Aun cuando hicimos la tentativa en varias oportunidades, incluso ejerciendo su Vicepresidencia, fracasaron nuestros esfuerzos para encontrar, a los fines de su consulta, el Borrador del Código de Civil de 1873 en el Colegio de Abogados del Distrito Federal.

93. En nota a pie de página, **Francisco Gerardo Yanes** comentó:

Se comprende que el legislador venezolano no quería consagrar las reglas demasiado avanzadas de las disposiciones preliminares del Código italiano y temía de otra parte dar demasiada amplitud a la jurisprudencia.⁸⁶

94. Ahora bien, las vacilaciones de la Comisión Codificadora nombrada en 1872 encontraron cauce jurídico en el segundo párrafo del artículo décimo séptimo del Código Civil del **diez de diciembre de 1880**. Su primera frase reprodujo el principio según el cual “los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los venezolanos, con las excepciones establecidas o que se establezcan”; pero de inmediato agregó:

Esto no impide la aplicación de las leyes extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas en los casos autorizados por el derecho internacional privado.⁸⁷

⁸⁶ **Francisco Gerardo Yanes. Memorándum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho)**. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 125, nota 1.

⁸⁷ El artículo 120 de la Constitución del **veinte de mayo de 1874**, repitió el precepto de la Constitución del **veintidós de abril de 1864** que disponía: “El Derecho de Gentes hace parte de la Legislación Nacional; sus disposiciones regirán especialmente en los casos de guerra civil. En consecuencia, puede ponerse término a ésta por medio de tratados entre los beligerantes, quienes deberán respetar las prácticas humanitarias de las naciones cristianas y civilizadas”. La Constitución del **veintisiete de abril de 1881** reprodujo la disposición con el número 117; lo mismo hizo el artículo 117 de la Constitución del **dieciséis de abril de 1891**, aun cuando agregó al final: “siendo, en todo caso, inviolable la garantía de la vida”; redacción de esta última frase modificada en el artículo 150 de la Constitución del **veintiuno de julio de 1893** en los siguientes términos: “quienes deberán aceptar las prácticas humanitarias de las naciones civilizadas, siendo, en todo caso, inviolable la garantía de la vida”. De acuerdo con los conceptos aceptados en la época, correspondía al Derecho de Gentes Privado arreglar “los derechos de un Estado soberano sobre los residentes individuos de otro Estado, en la triple relación de su persona, sus bienes y sus actos”. Así lo afirmó el Informe de **veintidós de diciembre de 1863**, suscrito por los representantes **R. Soto y Urrutia**, presentado por la Comisión de Nacionalidad a la Asamblea Nacional Constituyente; oportunidad en la cual agregó: “El principio fundamental de este Derecho es el de que “cada Nación posee y ejerce sola y exclusivamente la soberanía y la jurisdicción en su territorio”. Por consiguiente, cada Estado tiene el Derecho de establecer las reglas que crea conveniente dictar sobre todos los objetos que existen en él y ejercita un pleno derecho sobre la condición de las personas que en él residen, y las que arreglan la posesión de los bienes muebles e inmuebles, así como las acciones que nacen del uso de estos derechos, sin que algún otro Estado pueda intervenir para modificar el libre ejercicio de esta potestad, como que es una consecuencia de la soberanía inmanente de cada pueblo que se constituye en la Sociedad de Naciones. Cualesquiera limitación que en contrario la práctica pueda admitir en este principio, no es por el efecto de un derecho que ejerce el extranjero, sino por alguna concesión tácita o expresa que le otorga la Nación donde se ha admitido la ejecución de las disposiciones de otro Estado. Las Naciones consienten la modificación de estos principios cuando ellos no atacan su independencia y la moralidad de su legislación, cosa por cierto poco común, porque en el ensanche que han tomado las ideas de igualdad de los derechos forma hoy una doctrina universal de independencia que sostienen actualmente las naciones para conservar la paz de los pueblos entre sí; y porque la Nación, por más

95. El segundo párrafo del artículo décimo séptimo no se encuentra en el Título Preliminar del Código Civil (*De las Leyes y sus Efectos, y de las Reglas Generales para su Aplicación*), que incluyó las reglas fundamentales del Derecho Internacional Privado venezolano. El legislador lo ubicó en la Sección Segunda, titulada *De las Personas en cuanto a su Nacionalidad*, Libro Primero (*De las Personas*), Título Primero (*De las Personas en General, y de las Personas en cuanto a su Nacionalidad y Domicilio*), inmediatamente después de haber determinado los derechos civiles de los extranjeros en Venezuela.⁸⁸

96. Al respecto el doctor **Francisco Gerardo Yanes** recuerda que la cuestión de la condición de los extranjeros debe ser resuelta en forma preliminar; y, por tanto,

Antes de examinar si el matrimonio, contrato o testamento de un extranjero debe regirse por la ley venezolana u otra cualquiera, importa en primer lugar examinar si este extranjero puede casarse, contratar o testar en Venezuela. La cuestión es previa, pues negados tales derechos, no habría conflictos posibles.⁸⁹

97. Con relación a la fórmula utilizada en el segundo párrafo del artículo décimo del Código Civil del **diez de diciembre de 1880**, el doctor **Ángel César Rivas** comenta:

Fue por tal modo como se llegó a injertar en el viejo tronco de la disposición feudal que en todo pone al extranjero bajo el imperio de la ley local, un lozano retoño del robusto árbol del derecho

poderosa que sea, no puede abusar de su poder ante las demás naciones que contienen el abuso de la fuerza de un tercero opresor por la amenaza que hace a sus derechos la tolerancia de prácticas que más luego pueden ser alegadas como concesiones otorgadas por el tácito consentimiento que forma también el derecho consuetudinario. Si alguna vez vemos con dolor que tales principios son alterados por el abuso de la fuerza, como sucede hoy con la irritante situación de la codiciada México, son abusos del derecho tolerados por las dificultades en que todavía se siente apremiado el débil ante los intereses jerárquicos de las Monarquías. La filosofía aun no ha podido encontrar el arbitrio que decida estas cuestiones sin ofender la independencia de las naciones en el derecho que por naturaleza tienen para decidir todas las cuestiones que les atañen. El único Juez es el Derecho natural que sufre en su aplicación las tergiversaciones dictadas por la ambición, el orgullo o la codicia, cuando están apoyadas por el abrumante poder que da a una Nación su antigüedad, su población y su riqueza” (**Biblioteca del Congreso Nacional**, Tomo DCCXLVII, (1863), pp. 438-439 vto.).

⁸⁸ Véase antes el párrafo 77 de este trabajo.

⁸⁹ **Francisco Gerardo Yanes**, *Memorándum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho)*. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 41.

moderno. Pero no estará de más apuntar aquí que, lejos de contradecirse o de excluirse, los dos preceptos que el Código Civil encierra coexisten perfectamente; sólo que el alcance del primero ha quedado circunscrito, con la adopción del segundo, a la órbita que le trazan con bastante precisión los principios generalmente aceptados por las naciones civilizadas.⁹⁰

98. En el mismo sentido **Francisco Gerardo Yanes** indica que

en 1881, el legislador quebrantó el principio feudal con la mención final del artículo 17 del Código Civil. A la cortesía substituyó el derecho y al principio absoluto de la territorialidad de la ley opuso una excepción tan general y extensa, que la personalidad excepcional de las leyes vino a transformarse en el principio legal de la personalidad de ciertas leyes, enfrente del ya consagrado acerca de la realidad de ciertas otras. Es más, el principio general de la autoridad de la ley, simple y categórico, quedó a merced de la jurisprudencia y la doctrina bajo la aplicación de los principios del Derecho Internacional Privado. El legislador ponía en manos del juez la soberanía asegurada y consagraba en los más amplios términos el imperio de la justicia.⁹¹

99. Por otra parte, según explica el doctor **Ángel César Rivas**,

La expresión de que en el artículo 17 se sirvió el legislador de Venezuela al tratar del asunto, claramente da a entender que en su mente llegó a prevalecer el concepto sostenido por la doctrina, y en virtud del cual los Estados en cuyo territorio es decidida una contención según las normas del derecho extranjero no hacen otra cosa que conformarse a un deber, a una obligación internacional, en la que si bien figura el individuo, es sólo como objeto de ese deber o de esa obligación, puesto que, en realidad, el sujeto de derecho es en tales situaciones el Estado de que es ciudadano el individuo. Tan sólo así es dable explicar el sentido de la expresión en referencia, pues lo que literal e ideológicamente permite discernir

⁹⁰ **Ángel César Rivas**. *De la observancia de la Ley extranjera y de su garantía*, **Anales de la Universidad Central de Venezuela**, Tomo VII, 1906, p. 280. La referencia es a los artículos sexto y décimo séptimo del Código Civil de 1881, repetidos en los Códigos Civiles de 1896 y 1904.

⁹¹ **Francisco Gerardo Yanes**. *Memorándum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho)*. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 125.

es que la Nación reconoce un compromiso preexistente que le impide dejar de atenerse en ciertos casos a los dictados del Derecho internacional privado, los cuales, como se sabe, disponen la observancia de la ley extranjera.⁹²

100. De esta manera el doctor **Ángel César Rivas** advierte que el legislador venezolano, “por sobre todas las cosas”,

no se ha preocupado únicamente de la observancia de la ley extranjera en su territorio, sino principal y, casi podría decirse, singularmente, de la aplicación del Derecho internacional privado.⁹³

101. El doctor **Ángel César Rivas** también afirmó que el “derecho internacional privado se encuentra fundamentado en el respeto mutuo que se deben las diversas soberanías en su cualidad de miembros de una sola y una misma comunidad internacional”.⁹⁴ En consecuencia, sostuvo que nuestro legislador “no manda incorporar al suyo propio el derecho extranjero, sino que respeta ciertas normas generales de los Estados, a cuya creación contribuyó o, por lo menos, a cuyo imperio se sometió la nacionalidad al constituirse”;⁹⁵ reglas “que no podrían ser desacatadas por los Estados en sus relaciones mutuas”.⁹⁶

102. El doctor **Ángel César Rivas** reiteró asimismo que

merced a la segunda parte ya transcrita del artículo 17 del Código Civil vigente,⁹⁷ el legislador de Venezuela se apartó radical y visiblemente del sistema que priva en punto a aplicación de la ley extranjera en los Códigos de Francia y de Italia. Tanto en el uno como en el otro de estos códigos es punto esencial que la observancia de

⁹² **Ángel César Rivas**. *De la observancia de la Ley extranjera y de su garantía*, **Anales de la Universidad Central de Venezuela**, Tomo VII, 1906, p. 281; **Ángel César Rivas**. *Le Droit International Privé et Pénal de Vénézuéla*, **Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International**, París, 1912, p. 16.

⁹³ **Ángel César Rivas**. *De la observancia de la Ley extranjera y de su garantía*, **Anales de la Universidad Central de Venezuela**, Tomo VII, 1906, pp. 282-283.

⁹⁴ **Ángel César Rivas**. *Le Droit International Privé et Pénal de Vénézuéla*, **Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International**, París, 1912, p. 17.

⁹⁵ **Ángel César Rivas**. *De la observancia de la Ley extranjera y de su garantía*, **Anales de la Universidad Central de Venezuela**, Tomo VII, 1906, p. 283.

⁹⁶ **Ángel César Rivas**. *Le Droit International Privé et Pénal de Vénézuéla*, **Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International**, París, 1912, p. 17.

⁹⁷ La referencia es al Código Civil venezolano de 1904.

extrañas reglas jurídicas depende de la exclusiva voluntad del legislador, tácita o categóricamente expresada.⁹⁸

103. Por su parte el doctor **Francisco Gerardo Yanes** se pregunta

cómo debe interpretarse esta parte del artículo 17? Como una excepción al principio de la territorialidad absoluta? Como un principio de extraterritorialidad independiente y enfrentado al de la territorialidad? Como una advertencia para que no se concedan al extranjero derechos dependientes de un estado o capacidad que no tiene por su ley nacional? Como una simple regla facultativa? En resumen la interpretación puede sostener cuatro opiniones: 1º Es una excepción a la territorialidad fundada en la idea de justicia.- 2º Es otro principio independiente, basado en la idea de justicia y cuya consagración proporciona plena libertad al intérprete jurídico en caso de dudas.- 3º Es una regla de calificación para la condición de los extranjeros- 4º Es una consagración de la *comitas gentium*. De estas opiniones la tercera, puramente gramatical, no puede merecer una atención seria y no la hemos visto sostenida. La cuarta opinión, cae con la mención: “en los casos permitidos por el Derecho internacional privado”. Es inexplicable que Dominici haya seguido en esto a Sanojo respecto a una legislación que no contenía la mención final del artículo 17.⁹⁹

104. De inmediato **Francisco Gerardo Yanes** afirma que las excepciones admitidas por nuestro derecho al “principio de la autoridad territorial de la ley no reposan en la *comitas gentium*”. En su criterio “la mente del Código Civil se aproxima al principio de la doctrina francesa que funda la personalidad excepcional de los estatutos sobre una idea de justicia”.¹⁰⁰

105. En efecto, de acuerdo con **Francisco Gerardo Yanes**

el Código consagra la regla del estatuto personal y la regla del estatuto real y en esto se ha inspirado en el antiguo derecho, pero con

⁹⁸ Ángel César Rivas. *De la observancia de la Ley extranjera y de su garantía*, *Anales de la Universidad Central de Venezuela*, Tomo VII, 1906, pp. 280-281.

⁹⁹ Francisco Gerardo Yanes. *Memorándum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho)*. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, pp. 123-124.

¹⁰⁰ Francisco Gerardo Yanes. *Memorándum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho)*. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, pp. 71-72. Asimismo agrega que considera su opinión “corroborada por la influencia del derecho francés en la redacción de nuestro Código Civil”.

esta diferencia: 1º los redactores del Código no han pensado hacer del estatuto real una regla y del estatuto personal una excepción. Han situado ambos bajo pie de igualdad, como dos reglas que tienen su esfera de aplicación propia; 2º No han pretendido encerrar rigurosamente todas las soluciones del Derecho Internacional Privado en la aplicación pura y simple del estatuto real y del estatuto personal. La conclusión es que el intérprete es libre en todas las cuestiones que no entran de una manera clara en el estatuto real ni en el estatuto personal. En tales casos puede adoptar las soluciones que le parezcan más conformes al sentimiento de la justicia.¹⁰¹

106. Asimismo el doctor **Francisco Gerardo Yanes** explica:

La personalidad de las leyes conforme al artículo 17 cabe en los casos autorizados por el Derecho Internacional Privado. La mente del Código en la materia es jurídica. En cuanto al principio de la territorialidad absoluta, es discutible. La regla contenida en el artículo 7º no es una excepción. El principio de que las leyes relativas al estado y capacidad de las personas obligan a los venezolanos aunque residan o tengan su domicilio en país extranjero, es la consagración del estatuto personal, pero de una regla aparte, independiente, cuya combinación con el artículo 17 *in fine*, hace extender la personalidad de ciertas leyes a los extranjeros. En el Código Civil, pues, todos los estatutos no son reales como regla y personales como excepción. Los hay de una y de otra especie. Habrán también algunos de difícil calificación.¹⁰²

107. En conclusión, el doctor **Francisco Gerardo Yanes** afirma:

El sistema venezolano, concebido conforme a la legislación del 81, se encierra en nuestro concepto en las tres reglas siguientes: 1º Unas leyes son reales, es decir, territoriales; 2º Otras son personales, es decir, extraterritoriales; 3º Las leyes personales extranjeras se aplican en los casos autorizados por el Derecho Internacional privado. Este sistema no establece como regla la territorialidad y como excepción la personalidad; sitúa la una frente de la otra; en lo cual se distancia de la doctrina francesa; en cambio

¹⁰¹ **Francisco Gerardo Yanes. Memorándum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho).** Caracas, Imprenta Nacional, 1912, pp. 77-78.

¹⁰² **Francisco Gerardo Yanes. Memorándum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho).** Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 124.

se asemeja a esta última en la base de la justicia. Nuestro sistema no da una regla absoluta, pide el examen particular de cada caso como la antigua doctrina italiana, sólo que, en vez de deducir sus soluciones del Derecho romano, las extrae del Derecho Internacional Privado.¹⁰³

108. En términos muy concretos el doctor **Lorenzo Herrera Mendoza** destaca que con la inclusión del segundo párrafo del artículo diecisiete en el Código Civil de 1880

quedó descalabrado por el legislador, de manera expresa, el tan sonado absolutismo del precepto sobre obligatoriedad de nuestras leyes para todos los habitantes: sus propias personas, si eran extranjeras, quedaron sujetas a otras leyes.¹⁰⁴

109. Después de señalar la amplitud de apreciación concedida por el Legislador a los Jueces, el doctor **Francisco Gerardo Yanes** advierte que en Derecho Internacional Privado hay distintos sistemas para establecer la legislación que debe regir el estatuto personal. Sin embargo, en su criterio debía aplicarse la ley de la nacionalidad del extranjero por dos razones:

1º Porque el artículo 7º, respecto a los venezolanos, hace privar la nacionalidad sobre el domicilio, y debe ser lo mismo respecto del extranjero en Venezuela. Este argumento no es de *reciprocidad*, puesto que el artículo no se dirige a los jueces extranjeros; simplemente decimos que por analogía, en este caso debe extenderse a la ley extranjera, estando como está, admitida en general por el Código, la personalidad de las leyes extranjeras sobre estado o capacidad. 2º Porque en cada país el legislador para regular el estado y las relaciones de familia se inspira en consideraciones puramente nacionales, clima, tradición, costumbres locales, etc. (Lainé). Es lógico que la ley nacional sea preferida, y siga a la persona a todos los lugares. Por lo demás, Dominici y Sanojo, adoptan la misma solución, que es aceptada por la jurisprudencia.¹⁰⁵

¹⁰³ **Francisco Gerardo Yanes. Memorándum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho).** Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 125.

¹⁰⁴ **Lorenzo Herrera Mendoza. La Escuela Estatutaria en Venezuela y su Evolución hacia la Territorialidad,** Caracas, 1943, reproducido en *Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos*, Caracas, 1960, Emp. "El Cojo", S.A., p. 129.

¹⁰⁵ **Francisco Gerardo Yanes. Memorándum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho).** Caracas, Imprenta Nacional, 1912, pp. 89-90.

110. Por su parte, el doctor **Ramón F. Feo** indica que si la disposición del artículo séptimo, “es, a juicio de nuestro legislador, el principio justo, los jueces venezolanos deben con igual justicia aplicar a los extranjeros las leyes de sus respectivos países en cuanto a estado y capacidad”; aparte de la ventaja de “obtener la reciprocidad, llegado el caso”.¹⁰⁶

111. Las consideraciones anteriores permiten concluir que el segundo párrafo del artículo diecisiete del Código civil del **diez de diciembre de 1880** eliminó toda duda posible acerca de la aplicación de leyes extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas en Venezuela. Expresamente dispuso hacerlo en los casos permitidos por el derecho internacional privado pero el Legislador se abstuvo de determinar la legislación competente.

112. Con relación a la eventual aplicación de la ley extranjera ordenada por el Legislador **Luis Sanojo** destacó en términos generales que

Los tribunales no tienen obligación de conocer otras leyes que las de su propio país; y, por consiguiente toca al que invoca una ley extranjera y pide su aplicación probar que la ley existe, siendo el punto una materia de mero hecho. Igual prueba debe hacerse sobre la inteligencia que se dé en el país extranjero a la ley que se invoca, aplicando sin embargo, el tribunal, caso de toda ausencia de prueba sobre esta inteligencia, las reglas generales de la interpretación de las leyes. Probaráse el primero de los puntos indicados con las ediciones oficiales que tengan algún sello de autenticidad, y el segundo con las sentencias de los tribunales de la nación respectiva y con las opiniones de sus jurisconsultos más acreditados.¹⁰⁷

113. De la misma manera, el doctor **Ramón F. Feo** sostuvo:

como los jueces de un Estado no están obligados a conocer sino las leyes nacionales, a quien pida la aplicación de una ley extranje-

¹⁰⁶ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, Volumen I, p. 32. A fin de ilustrar la diversidad de criterios sobre la materia transcribe el artículo segundo del Tratado de Lima de 1878 que declara aplicable la ley de la nacionalidad; y el artículo primero del Tratado sobre Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 que atribuye competencia a la ley del domicilio para regir la capacidad de las personas.

¹⁰⁷ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 54, p. 65. Véase al respecto: **Gonzalo Parra-Aranguren. El tratamiento procesal del derecho extranjero en los países de la América del Sur, Actas Procesales del Derecho Vivo**, Caracas, 1971, N° 2, pp. 19-52; reproducido en **Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales**, Caracas, 1971, Año XXXII, Nr. 47, pp. 41-72, y en **Ensayos sobre Derecho Procesal Civil Internacional**, Caracas, 1986, Editorial Arte, pp. 107-134.

ra le toca comprobar sus disposiciones, presentándola de un modo auténtico.¹⁰⁸

114. La solución es explicada en términos más amplios por el doctor **Ramón F. Feo** de la manera siguiente:

en general, en todos aquellos (casos) en que el Juez debe aplicar la ley extranjera, surge la natural dificultad de la falta de conocimiento del Juez, de tal ley. La ciencia y la jurisprudencia están hasta hoy de acuerdo (salvo alguna que otra opinión contraria) en establecer que no debe considerarse al magistrado obligado a conocer el derecho extranjero, y que al alegarse, incumbe a la parte interesada presentar la prueba de la Ley, admitiéndose a la otra parte a hacer la prueba contraria, con todas las reglas establecidas en el procedimiento para la prueba ordinaria. El punto se tiene como punto de hecho, no de derecho: de donde nace la consecuencia jurídica de que si el Juez se equivoca en la aplicación de la Ley extranjera, y resulta ésta quebrantada en la decisión, no puede haber lugar a casación.

115. De inmediato, con cita de **Pasquale Fiore**, agrega que

si no llega a conocer exactamente la ley extranjera, o falta la prueba, el tribunal debe aplicar el derecho propio, porque ha de presumir que el contenido del derecho extranjero que debiera aplicarse, sea conforme con el derecho indígena. La cual máxima es consecuencia de la regla general de que incumbe a la parte que se vale de la disposición del derecho extranjero derogatorio del derecho indígena, establecer la existencia de la regla derogatoria.¹⁰⁹

116. No obstante, son de recordar sus comentarios sobre el artículo duodécimo del Código de Procedimiento Civil de 1897 que indicaba la metodología para resolver los casos de silencio o deficiencia de la ley, o de oscuridad o ambigüedad de sus términos. En esa oportunidad el propio doctor **Ramón F. Feo** sostuvo la conveniencia de que los jueces venezolanos consultaran *motu proprio* las leyes extranjeras cuando afirmó:

Al estudiar los Jueces la propia ley aplicable u otras sobre materias análogas, y aun la mente de nuestra legislación, no pecarían y

¹⁰⁸ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 39.

¹⁰⁹ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Tercero, Caracas, 1907, p. 192.

hasta sería provechoso consultar las leyes extranjeras que se hayan ocupado en la materia de que se trate, las cuales si resuelven casos semejantes o parecidos de modo racional y equitativo aceptable en Venezuela, tienen en su favor la autoridad moral que da a una doctrina el haber sido elevada a ley o haber merecido la aprobación de los jurisconsultos de países adelantados en la ciencia del derecho.¹¹⁰

117. Con relación al criterio del Licenciado **Luis Sanojo** debe tenerse presente que el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil del **veinte de febrero de 1873**, reproducido con el número 117 en diez de diciembre de 1880, prohibió a los tribunales “abstenerse de decidir bajo pretexto de oscuridad o insuficiencia de la lei”; y en tal caso dispuso decidieran “por fundamentos tomados del derecho natural o de la razón”.

118. El Licenciado comentó **Luis Sanojo** explicó el precepto en los términos siguientes:

Si los tribunales pudieran abstenerse de decidir bajo pretexto de insuficiencia u oscuridad de la lei, la administración de Justicia no estaría siempre pronta cual conviene, para hacer efecto los derechos de los ciudadanos. Si la lei escrita es insuficiente, la natural y la razón podrá siempre suplir lo que falte. Si es oscura, deberán aplicarse las reglas de interpretación, para que siempre esté expedita la administración de justicia. Si hubiese de consultarse al poder legislativo sobre la inteligencia de cualquier lei y esperarse su resolución para dictar sentencia, se verificaría una perturbación en el sistema de la división de los poderes, porque en tal caso a la postre sería el legislativo quien vendría a decidir las controversias ocurridas entre los particulares, con mengua de las garantías que con aquél sistema se ha procurado establecer. Por otra parte, esas consultas se acumularían de una manera abrumadora, ora por la pereza de los jueces, ora por el deseo de evitar responsabilidad que los induciría a ver insuficiencia y oscuridad donde realmente no las hubiese.¹¹¹

119. Ahora bien, fue muy escasa la vida del “lozano retoño del robusto árbol del derecho moderno”, comentado por el doctor **Ángel César Rivas**. No

¹¹⁰ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, pp. 45-46.

¹¹¹ **Luis Sanojo. Exposición del Código de Procedimiento Civil, con su Texto**, Caracas, Imprenta Federal, número 221, pp. 141-142.

había transcurrido año y medio de su entrada en vigencia cuando el segundo párrafo del artículo décimo séptimo del Código Civil de 1880 fue declarado inconstitucional en sentencia pronunciada por la Alta Corte Federal el **trece de junio de 1882**; y de esta manera se regresó al sistema de la estricta territorialidad de la ley consagrado en los Códigos Civiles anteriores.¹¹²

120. El Poder Ejecutivo no parece haberse convencido de la solidez del fundamento esgrimido por la Alta Corte Federal para declarar la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo décimo séptimo del Código Civil del diez de diciembre de 1880. En efecto, el **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación**, suscrito en Caracas, el **primero de marzo de 1884**, por representantes de **Bélgica y Venezuela**, declaró expresamente la competencia de la ley de la nacionalidad para regir el estado y capacidad de las personas; y en su artículo noveno previno:

Las leyes del país de su origen, concernientes al estado y capacidad de las personas, regirán a los venezolanos residentes en Bélgica y a los belgas residentes en Venezuela.¹¹³

121. Por otra parte, de mencionar que, aun cuando el Código Civil del **diez de diciembre de 1880** nada dispuso sobre el reconocimiento de las personas jurídicas extranjeras, **Bélgica y Venezuela** suscribieron en Caracas el

¹¹² Véase la Sección XI de este trabajo.

¹¹³ **Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**, Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 414-425. El canje de ratificaciones se produjo del **primero de marzo de 1886**. Su artículo 37 dispuso: “El presente Tratado permanecerá en vigor durante cinco años, empezados a contar dos meses después del canje de las ratificaciones. Si ninguna de las Partes Contratantes anunciare por declaración oficial, un año antes de la expiración de este término, su intención de hacerlo caducar, continuará siendo obligatorio durante un año, y así sucesivamente de año en año”. De acuerdo con informaciones obtenidas en el Ministerio de Relaciones Exteriores de Bélgica en junio de 2004, las partes no han declarado su intención de hacerlo caducar; y, por tanto, concluyen que se encuentra todavía vigente. Así lo afirmaron también, en su época, **Francisco Gerardo Yanes (Memorandum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho)**, Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 51), y **Pedro Itriago Chapín (En la Cátedra [Prontuario sobre las relaciones de los pueblos]**, Segunda edición revisada, Caracas, Tipografía Americana, 1930, p. 695; **Esbozos Literarios y Jurídicos**, Caracas, Tipografía Americana, 1934, p. 432). En consecuencia, las leyes del país de su origen, concernientes al estado y capacidad de las personas, rigen en la actualidad a los belgas residentes en Venezuela, por mandato del artículo primero de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana del **seis de agosto de 1998**, a pesar de haber dispuesto en términos generales su artículo décimo tercero que “la existencia, estado y capacidad de las personas se rigen por la ley de su domicilio”. No obstante, por razones desconocidas, nada han dicho al respecto sus diversos comentaristas; pero es de esperar que, en el futuro, comiencen a mencionar esta excepción, mientras mantenga su vigor, cuando expliquen la ley aplicable al estado y capacidad de las personas físicas, de conformidad con el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado.

veinticinco de mayo de 1882 un Convenio sobre la situación legal de las sociedades anónimas y de las otras asociaciones comerciales, industriales y financieras.

122. En sus Considerandos se reconoció la utilidad de convenir una regulación recíproca; y, en consecuencia, fue declarado:

que todas las sociedades anónimas y las otras sociedades comerciales, industriales o financieras, que están constituidas o autorizadas según las leyes particulares de una de las dos partes, serán reconocidas mutuamente, de manera que estas sociedades o asociaciones podrán ejercer todos sus derechos y aparecer en justicia, sea para intentar una acción, sea para defenderse en los Estados de la otra parte, sin otra condición que de conformarse a las leyes de estos Estados.¹¹⁴

123. La solución fue comentada por el doctor **Francisco Gerardo Yanes** en los términos siguientes:

Este tratado se limita al simple reconocimiento de las sociedades comerciales, industriales y financieras, pero deja a salvo lo que dispongan las leyes respectivas. No deroga, pues, en nada las disposiciones de la materia; pero tuvo interés antes de la promulgación de la ley de 14 de abril de 1899, que rigió la materia hasta el 19 de abril de 1904 en que entró en vigencia el actual Código de Comercio.¹¹⁵

(4) El artículo octavo

124. De acuerdo con el **artículo octavo** del Código Civil

Los bienes inmuebles, aunque estén poseídos por extranjeros, se regirán por las leyes venezolanas.

125. En materia de bienes inmuebles el Legislador de 1880 reprodujo el artículo octavo del Código Civil anterior, idéntico al noveno del Código Civil

¹¹⁴ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo X, Caracas, Imprenta y Litografía del Gobierno Nacional, 1887, número 2438, p. 141. La Ratificación Ejecutiva se produjo el **primero de junio de 1882**. Asimismo fue convenido: “La presente declaración entrará en vigor el día de su publicación oficial, y ella no cesará en sus efectos, sino un año después de la denuncia que se hubiere hecho por una u otra parte”. De acuerdo con informaciones obtenidas del Ministerio de Relaciones Exteriores de Bélgica las partes no han declarado su intención de hacerlo caducar.

¹¹⁵ **Francisco Gerardo Yanes. Memorándum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho)**. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 60.

de 1867 que, a su vez, había repetido el artículo octavo del Proyecto español de 1851; solución que fue justificada por **Florencio García Goyena** en los términos siguientes:

Los bienes inmuebles forman parte del territorio, y el soberano de éste no puede menos de serlo de aquellos. La soberanía es indivisible, y dejaría de serlo, si las porciones del territorio pudiesen regirse por leyes que no emanasen de un mismo soberano. Esto es un punto de derecho público universal, sobre el que ningún Estado independiente ha hecho, ni hará la menor concesión a otro... La disposición de ese artículo comprende también el caso de reputarse inmuebles en un país los bienes que según la legislación de otro sean muebles.¹¹⁶

126. No obstante la validez del principio que justifica la solución consagrada en el artículo octavo del Código Civil, la fórmula utilizada para expresarlo es insatisfactoria, por cuanto el Legislador venezolano sólo tiene facultades para disponer la aplicación de la propia ley a los inmuebles ubicados en el territorio de la República; y resulta inaceptable entender el artículo en el sentido de que la ley venezolana se aplica a bienes inmuebles ubicados en el extranjero.¹¹⁷

127. Por otra parte, el Código Civil de 1880, como los anteriores de 1867 y 1873, sólo mencionó expresamente el caso de los bienes inmuebles “poseídos por extranjeros”, en seguimiento del Proyecto español; a diferencia del Código Civil de 1862 que hizo referencia a las hipótesis en las cuales “sus dueños sean extranjeros y no residan en Venezuela”.

128. De acuerdo con **Luis Sanojo** el artículo octavo del Código Civil de 1873, consagra el *estatuto real* que, según las enseñanzas de *Foelix*, es

la ley que tiene por objeto principal y directo las cosas, que permite o prohíbe disponer de ellas y que determina la manera de adquirir, transmitir y perder la propiedad sin tener en consideración el estado o capacidad de las personas, sino de una manera incidente o accesoria y como una consecuencia. El estatuto real imprime a las

¹¹⁶ **Florencio García Goyena**, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Tomo I, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, pp. 20-21.

¹¹⁷ La misma crítica es válida respecto al artículo octavo del Código Civil del **veinte de febrero de 1873** que también declaró en términos generales: “Los bienes inmuebles, aunque estén poseídos por extranjeros, se rigen por las leyes venezolanas”.

cosas cierta cualidad que naturalmente refleja sobre las facultades de la persona.¹¹⁸

129. En este sentido **Luis Sanojo** explicó:

las leyes que se limitan a prescribir reglas relativas a la posesión o transmisión de los bienes inmuebles o a los derechos reales que pueden ejercerse sobre ellos, sea que permitan o que prohíban a la persona ciertos actos que su estado universal le prohíbe, o le autoriza para ejecutar, pertenecen al estatuto real, y rigen los bienes situados en el territorio para el cual fueron dictadas, excluyendo la aplicación de la ley personal del propietario y de la del lugar en que el acto sea ejecutado; pero en cambio los efectos de aquella ley no se extienden jamás más allá de los límites del territorio... Las propiedades raíces forman parte integrante del territorio en que están situadas y mal podrían estar sometidas a una legislación extranjera, porque con ello se infringiría el principio de la soberanía territorial.¹¹⁹

130. **Luis Sanojo** agregó las siguientes consideraciones:

Tanto las sucesiones testamentarias como ab-intestato tienen por norma, sea en cuanto al orden de suceder, sea en cuanto a la extensión de los derechos sucesorios, sea en cuanto a la validez de la disposición, el estatuto personal del difunto en cuanto a los bienes muebles y en cuanto a los inmuebles el estatuto real. Respecto a los unos ya conocemos la ficción legal de que *mobilia ossibus inhaerent*, que debe aplicarse en el caso de las sucesiones por no tener ningún interés en contrario el país de la situación. No así por lo que hace a los inmuebles, porque a ellos es a los que puede aplicarse lo

¹¹⁸ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 38, p. 36. A este respecto indicó que “para distinguir el estatuto personal del real es menester atender únicamente al efecto inmediato de la ley, porque si se atendiese también a los remotos, toda ley sería estatuto personal y real a un tiempo. En consecuencia, si la ley tiene por objeto inmediato reglar el estado de la persona, su capacidad o incapacidad, el estatuto será personal, siendo sus efectos con relación a los bienes únicamente una consecuencia remota de la personalidad. Si, por el contrario, el objeto principal, directo e inmediato de la ley es reglar la cualidad, la naturaleza de los bienes, el estatuto será real, por sus efectos con relación a la persona, una consecuencia remota del objeto inmediato del estatuto” (**Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 38, p. 37).

¹¹⁹ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 40, pp. 41-42.

que trae *Tocqueville* hablando de las leyes sobre sucesión: “Estas leyes pertenecen al orden civil, pero deberían colocarse a la cabeza de todas las instituciones políticas, porque influyen de una manera increíble sobre el estado social de los pueblos, de que las leyes políticas son expresión”. Son, pues, leyes de orden público las que tratan de la sucesión de las propiedades inmuebles, y por lo mismo no deben aplicarse en el lugar de la situación las extranjeras que no sean conformes a las del país de que aquéllas son parte integrante.¹²⁰

131. **Luis Sanojo** destacó asimismo que, en materia de inmuebles, el Legislador venezolano había hecho coincidir la ley aplicable con la jurisdicción competente. En efecto, el primer párrafo del artículo 45 del Código de Procedimiento Civil del **veinte de febrero de 1873** afirmó la jurisdicción de los tribunales venezolanos, aun cuando el demandado no tuviere su domicilio en Venezuela, “si se trata de acciones sobre bienes inmuebles o muebles existentes en la República”,¹²¹ porque, en su criterio, resulta lógica consecuencia del principio según el cual “la autoridad que deba conocer de las controversias que sobre ellos se susciten sea la establecida y organizada por la ley del país”.¹²² Por otra parte, la jurisdicción así atribuida tuvo carácter exclusivo, pues en el ordinal primero de su artículo 552 supeditó la declaratoria de fuerza ejecutoria de las decisiones extranjeras, entre otros requisitos, a que “la sentencia no verse sobre bienes inmuebles situados en Venezuela”; condición justificada por **Luis Sanojo** en los términos siguientes:

Siempre han sido muy celosas las naciones en punto a jurisdicción sobre los inmuebles situados en su territorio, porque como hacen parte integrante de él, no es lo regular que estén sujetos a una soberanía extranjera. La ley habla con mucha generalidad y por lo mismo, debe aplicarse no sólo al caso en que se trata del pleno dominio de un inmueble, sino también al que verse la sentencia sobre el usufructo, o una servidumbre real. Si el fallo ha recaído sobre un crédito garanti-

¹²⁰ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, número 52, pp. 60-61.

¹²¹ El precepto reprodujo el inciso primero del artículo 105 del Código de Procedimiento Civil italiano que atribuyó jurisdicción a sus tribunales, en el caso de demandado sin residencia en Italia, cuando se trata de demandados extranjeros no residentes en el territorio (*Se si il tratti de azione su boni immobili o beni mobili existente nel regno*).

¹²² **Luis Sanojo. Exposición del Código de Procedimiento Civil, con su Texto**, Caracas, Imprenta Federal, 1876, número 140, p. 85.

do por la hipoteca de una finca situada en el país, no habrá inconveniente en cumplirla en cuanto declara la efectividad del crédito, pero no en cuanto declara la eficacia de la hipoteca, porque con esto, se afecta una parte del territorio de la República.¹²³

132. Los comentarios anteriores son válidos con relación al Código de Procedimiento Civil del **diez de diciembre de 1880**, que se limitó a reproducir los mismos preceptos.

133. En seguimiento del Código Civil de 1873, el **Legislador venezolano de 1880 se abstuvo de indicar la ley aplicable a los bienes muebles**; silencio explicado por el doctor **Ramón F. Feo**, miembro de la Comisión General de Códigos, en los términos siguientes:

El Código italiano que nuestro legislador tuvo presente como el más adelantado, dice en su artículo 7º: “Los bienes muebles están sujetos a la ley de la nación del propietario, salvo disposiciones contrarias de la ley del país en que se encuentran”. De creerse es que el legislador venezolano no creyó deber aceptar ese principio. Luego veremos que en ese punto es grande la divergencia entre las opiniones de los juristas de Europa y de América. Aquí la tendencia general era someter los muebles a los mismos principios que los inmuebles y así se ha hecho últimamente. En Europa no.¹²⁴

134. Las mismas consideraciones permiten entender la ausencia de determinación de la ley aplicable a los bienes muebles en algunos tratados bilaterales concluidos por Venezuela durante la vigencia del Código Civil del **diez de diciembre de 1880**.

135. En efecto, el **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación** suscrito en Caracas el **veintisiete de agosto de 1883** por representantes de **El Salvador y Venezuela** dispuso en el artículo octavo:

¹²³ **Luis Sanojo. Exposición del Código de Procedimiento Civil, con su Texto**, Caracas, Imprenta Federal, 1876, número 701, pp. 447-448.

¹²⁴ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, pp. 37-38. La última referencia es al artículo octavo del Código Civil del **diecinueve de mayo de 1896** que dispuso: “Los bienes muebles e inmuebles situados en Venezuela, aunque estén poseídos por extranjeros, se regirán por las leyes venezolanas”.

Los bienes inmuebles, aunque pertenezcan a ciudadanos de la otra Nación contratante, se regirán por las leyes de aquélla en que estén ubicados.¹²⁵

136. De la misma manera, el **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación**, entre **Bolivia y Venezuela**, suscrito en Caracas, el **catorce de septiembre de 1883**, se limitó a prevenir en su artículo octavo:

Los bienes inmuebles, aunque pertenezcan a ciudadanos de la otra Nación contratante, se regirán por las leyes de aquélla en que estén situados.¹²⁶

137. En términos similares el **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación**, firmado en Caracas, el **primero de marzo de 1884**, por representantes de **Bélgica y Venezuela**, se limitó a disponer en su artículo décimo noveno:

Los bienes inmuebles poseídos por venezolanos en Bélgica y por belgas en Venezuela, serán regidos por las leyes del lugar en que estén situados.¹²⁷

138. No obstante, debe advertirse que la materia había sido objeto de regulación en el artículo décimo de la Ley Primera, Título Preliminar, del Código Civil del **veintiocho de octubre de 1862**, en términos idénticos a los utilizados en el artículo noveno del Proyecto español de 1851, repetidos algunos años más tarde en el Código Civil venezolano del **veintiuno de mayo de 1867**. En consecuencia, sin restringirse a las hipótesis en las cuales se encontraran situados en Venezuela, fue dispuesto:

Los derechos y obligaciones relativas a bienes muebles se rigen por las leyes del país en que su dueño está domiciliado.

¹²⁵ **Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**, Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 371-383. La aprobación legislativa venezolana es del **tres de junio de 1884**; y el canje de ratificaciones se produjo en Caracas, el **once de diciembre de 1884**.

¹²⁶ **Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**, Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 391-403. La aprobación legislativa se realizó el **doce de junio de 1884** y la ratificación ejecutiva tuvo lugar el **diecisiete de junio de 1884**.

¹²⁷ **Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**, Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 414-425. El canje de ratificaciones se produjo del **primero de marzo de 1886**.

139. La solución del Proyecto español fue explicada por **Florencio García Goyena** en los siguientes términos:

Este artículo es una consecuencia del anterior, sacada *a contrario sensu*: si los inmuebles por ser naturalmente imposible su traslación de un lugar a otro, han de regirse por las leyes de aquél en que están sitos, los muebles, por la razón contraria de poder su dueño trasladarlos de un lugar a otro cuando quiera, deben regirse por las leyes del lugar de su domicilio.

140. Sin embargo, **Florencio García Goyena** hizo la siguiente advertencia:

Diffícil sería en sumo y riguroso derecho sostener la disposición de este artículo: ¿cómo ha de alcanzar la legislación de un país a los bienes, aun muebles, que existan en otro? Pero los Estados, no menos que los particulares, se deben concesiones recíprocas, y está recibido como un común consentimiento de todos ellos que los bienes muebles, donde quiera que existan, se gobiernan por las leyes del domicilio de su dueño: así, muriendo intestado un francés allí domiciliado y con bienes muebles en España, se heredará en ellos por las leyes francesas.¹²⁸

141. En el mismo sentido **Aníbal Dominici** advirtió que el artículo décimo de la Ley Primera, Título Preliminar, del Código Civil del **veintiocho de octubre de 1862**

establece que los derechos y obligaciones relativos a bienes muebles se rigen por la ley del país en que su dueño está domiciliado, sin distinguir si esos bienes se consideran como una universalidad, tal cual sucede en las herencias, o como cosas individuales.¹²⁹

142. Por su parte, **Andrés Bello** se había limitado a afirmar la competencia de la *lex rei sitae* para regir tanto los inmuebles como los bienes muebles considerados individualmente. En la Sección Cuarta del Capítulo Cuarto de sus *Principios de Derecho Internacional* hizo valer las siguientes consideraciones:

¹²⁸ **Florencio García Goyena**. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Tomo I, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, p. 21.

¹²⁹ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, Caracas, 1897, *Prefacio*, p. XII.

Con respecto a los muebles la regla que se sigue es la misma que para los bienes raíces. Pero en los muebles se reconoce generalmente que la lei del domicilio del difunto regla la transmisión hereditaria y *ab intestato*.¹³⁰

143. Dentro de esta directriz es de recordar que **Francisco Gerardo Yanes** sostuvo que los Códigos Civiles venezolanos de 1862 y de 1867 sometieron los bienes, muebles e inmuebles, a la *lex rei situs*. En su criterio,

la regla relativa a los muebles, regidos por la ley del domicilio de su dueño, lejos de ser una consecuencia del estatuto personal, fue la consagración del principio territorial de la situación, ficticiamente supuesta en el lugar del domicilio del propietario.¹³¹

144. Por el contrario, el Licenciado **Luis Sanojo** aprovechó la ausencia de norma en el Código Civil del **veinte de febrero de 1873** para exponer sus ideas sobre la ley aplicable a los bienes muebles, sin tomar en cuenta el principio de la territorialidad de la ley consagrado en su artículo sexto; conceptos que, desde su perspectiva, serían también válidos con relación al silencio del Legislador de 1880.

145. De acuerdo con el Licenciado **Luis Sanojo**

Las leyes del lugar de la situación, o sea, el estatuto real, gobiernan todo lo relativo a los bienes muebles, cuando se les considera *individualmente*, y así se las aplicará en lo que concierna a los privilegios que sobre ellos puedan tener algunos acreedores, a los derechos que produzca la accesión, a la manera de adquirírselos

¹³⁰ **Andrés Bello. Principios de Derecho Internacional**, segunda edición corregida y aumentada, Caracas, Imprenta Almacén de J. M. Rojas, 1847, Capítulo Cuarto, Sección 4, p. 54. En apoyo de la solución menciona en nota a pie de página a *Wheaton's Elements*, II, 2, # 5. A este respecto **Lorenzo Herrera Mendoza** destaca que **Andrés Bello** “supo apartarse de los franceses, de los anglo-americanos, etc.: conoció a tiempo la tesis de *Savigny*, y también que, según regla expresada en el *código de Maximiliano de Baviera* (mediados del siglo XVIII), “se debe seguir y observar el derecho establecido *in loco rei sitae*, sin distinción entre las cosas muebles y las inmuebles” (cita de *Eichhorn*, reproducida por *Savigny*, tomo 8, p. 172)” (**La Escuela Estatutaria en Venezuela y la Evolución hacia la territorialidad**, Caracas, 1943; reproducido en **Estudios sobre Derecho Internacional Privado y Temas Conexos**, Caracas, 1960, p. 137, itálicas en el original). Sin embargo, debe observarse que la segunda edición de los *Principios de Derecho Internacional* de **Andrés Bello** apareció en 1844 y que el tomo octavo del **System des heutigen Römischen Rechts** de **Federico Carlos de Savigny** sólo fue publicado en 1849, y dos años después, en 1851, la traducción francesa utilizada por **Andrés Bello**.

¹³¹ **Francisco Gerardo Yanes. Memorándum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho)**. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 125.

por actos *inter vivos*. Mas cuando se les considera como una universalidad, es decir, bajo el punto de vista de la sucesión hereditaria, se seguirá el estatuto personal del transmitente. El motivo por el cual se atiende al estatuto personal en punto a bienes muebles, es porque se les considera adheridos a la persona del propietario, *mobilia sequuntur personam, mobilia ossibus inhaerent*, y tal no se verifica sino respecto de la sucesión hereditaria. En ellas se trata de suceder en todos los derechos del propietario, de la sustitución de una persona por otra, y por lo tanto debe considerársele adherido todo lo que le pertenece a la persona que va a reemplazar, a no ser que consideraciones de otro orden, como sucede en los bienes inmuebles, vengán a hacer inadmisibles la ficción legal. No sucede lo mismo en los demás actos que pueden producir derechos sobre los muebles. Tratase en ellos de hechos aislados que en nada entrañan la íntima unión entre la cosa y el dueño.

146. El Licenciado **Luis Sanojo** agregó:

Hay otro principio que hace aplicable el estatuto personal del poseedor en cuanto a sucesión en los bienes muebles, principio que hace aplicable el mismo estatuto respecto de donaciones *inter vivos* de los mismos bienes, es a saber: que en estos hechos están interesados principal, si no exclusivamente, los derechos inherentes al poseedor, al paso que en los demás hechos jurídicos o no jurídicos que producen derechos sobre aquellos bienes, se hallan interesados de una manera también principal los de individuos distintos de sus poseedores.¹³²

147. El Licenciado **Luis Sanojo** también sostuvo:

Se atiende a las leyes del lugar de la situación de la cosa para decidir si ha de calificársela de mueble o inmueble, porque si tal cuestión se resolviese por las leyes personales del propietario se correría el peligro de someter a leyes extranjeras cosas que forman parte integrante del territorio de una nación. Por el mismo motivo se ha adop-

¹³² **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 40, p. 43. En su criterio, las consideraciones expuestas con relación a los bienes muebles e inmuebles se aplican “no solamente a los corporales sino también a los incorporeales, por existir identidad de razón”.

tado el principio de que en la duda sobre si una ley es personal o real, deba considerársela de ésta última especie.¹³³

148. En conclusión **Luis Sanojo** afirmó que el Legislador venezolano,

al guardar silencio respecto de los muebles, ha dejado estos últimos sujetos a las disposiciones del Derecho internacional. Y en este punto deben seguir las leyes del domicilio del propietario y no la de su nacionalidad, según la opinión generalmente recibida, de acuerdo con lo que se deduce de la naturaleza de las cosas.¹³⁴

149. De igual manera **Luis Sanojo** reiteró la conveniencia de hacer coincidir la ley aplicable a los bienes muebles con la jurisdicción competente, como lo hizo el legislador venezolano en el Código de Procedimiento Civil del **veinte de febrero de 1873**. En efecto, de acuerdo con el ordinal primero de su artículo 45 las autoridades judiciales de Venezuela fueron facultadas para conocer de acciones contra personas no domiciliadas en la República aun cuando no se encuentren presentes en su territorio, “si se trata de acciones sobre bienes inmuebles o muebles existentes en la República”.¹³⁵ A este respecto hizo los siguientes comentarios:

Es un principio de derecho internacional privado que las leyes de la situación, o sea, el estatuto real, gobiernan todo lo relativo a los bienes muebles, cuando se les considera *individualmente*. Por ello, el citado artículo sujeta a los no domiciliados a ser demandados en la República, cuando la acción sea sobre bienes muebles existentes en la República.¹³⁶

150. Por otra parte el artículo 867 del Código Civil del **veinte de febrero de 1873** atribuyó jurisdicción a los tribunales venezolanos en materia sucesoral si el último domicilio del difunto se encontraba en Venezuela, con independencia de su nacionalidad;¹³⁷ y, en forma excepcional, cuando la sucesión se

¹³³ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 40, p. 42.

¹³⁴ **Luis Sanojo. Instituciones de Derecho Civil venezolano**, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 40, p. 42.

¹³⁵ La solución se mantuvo en artículo 35 del Código de Procedimiento Civil del **diez de diciembre de 1880**.

¹³⁶ **Luis Sanojo. Exposición del Código de Procedimiento Civil, con su Texto**, Caracas, Imprenta Federal, 1876, número 141, p. 85.

¹³⁷ De acuerdo con el artículo 867 del Código Civil de 1873, “la sucesión se abre en el momento de la muerte, en el lugar del último domicilio del difunto”. El precepto fue repetido en el Código Civil del **diez de diciembre de 1880** bajo el número 873.

hubiere abierto fuera de la República, el artículo 35 del Código de Procedimiento Civil de la misma fecha permitió proponer, en el lugar en que se encontrare la mayor parte de los bienes existentes en su territorio, las siguientes acciones: (1) “sobre petición y división de la herencia y cualesquiera otras entre coherederos hasta la división”; (2) “sobre rescisión de la partición ya hecha, y sobre saneamiento de las cuotas asignadas, con tal que se propongan dentro de un bienio después de la partición”; (3) “contra los albaceas, con tal que se intenten antes de la división; si ésta no es necesaria, dentro de un bienio después de la apertura de la sucesión”; y (4) “de los legatarios y los acreedores de la herencia” si se proponen en los términos antes indicados.¹³⁸

151. Sin embargo, el Licenciado **Luis Sanojo** advirtió que el fuero establecido en el artículo 35 del Código de Procedimiento Civil de 1873 “se entiende caso de que la sucesión de estos bienes, por lo menos, haya de regirse por las leyes de Venezuela, o de que sus tribunales sean competentes para conocer de la demanda, porque si tal no es el caso, no habrá lugar a la presente disposición”. De igual modo explicó que “de no dejar el finado bienes en Venezuela y de haberse abierto la sucesión fuera de su territorio no habrá fuero especial para el conocimiento de las demandas de que aquí se trata y deberán seguirse las reglas generales de la competencia”.¹³⁹

152. Los anteriores comentarios son válidos con relación al Código Civil y al Código de Procedimiento Civil del **diez de diciembre de 1880**, que se limitaron a reproducir los mismos preceptos.

(5) El artículo noveno

153. El **artículo noveno** del Código Civil dispuso:

La forma extrínseca de los actos entre vivos y de última voluntad se rige por las leyes del país en donde hacen; pero los venezolanos podrán seguir las disposiciones de las leyes venezolanas, en cuanto a la misma forma extrínseca, cuando el acto sea otorgado ante el empleado competente de la República en el lugar del otorgamiento.

¹³⁸ Asimismo fue dispuesto que no quedaba excluida la competencia del domicilio, pero de ser varios los demandados debían tener todos el mismo domicilio. Idéntica solución se reprodujo en el Código de Procedimiento Civil de 1880 (artículo 35), y tuvo como inspiración el artículo 94 del Código de Procedimiento Civil italiano de 1865, aun cuando éste atribuyó competencia a los tribunales del lugar en el cual se encontrare la mayor parte de los bienes objeto de la división, muebles o inmuebles, y en su defecto, a los del domicilio o de la residencia del demandado.

¹³⁹ **Luis Sanojo. Exposición del Código de Procedimiento Civil, con su Texto.** Caracas, Imprenta Federal, 1876, número 118 p. 72.

En todo caso, la ley de Venezuela que haya establecido como necesaria una forma especial, deberá ser cumplida.

154. El artículo noveno del Código Civil del **diez de diciembre de 1880** repitió textualmente la disposición del Código anterior sobre la ley aplicable a la forma extrínseca de los actos; y su primera frase, reproducida sin modificaciones en la reforma de **diecinueve de mayo de 1896**, fue comentada por el doctor **Aníbal Dominici** en los términos siguientes:

Quando la ley dice aquí *acto* no se concreta a los documentos, instrumentos, escrituras, etc. Acto significa también en el lenguaje de las leyes *hecho jurídico*, es decir, un hecho de que pueden nacer derechos y obligaciones, y es natural que se reglen en cuanto a su manera de ser externa por la *lex loci*. Si, verbo y gracia, la ley del lugar en que se efectuó un negocio civil o comercial no requería que se formalizase por escrito, la forma verbal será la que corresponde a su validez, y no podrá ser impugnado de nulidad en otro país porque allí se exija en casos iguales la formalidad de la escritura.¹⁴⁰

155. Por su parte, el doctor **Ramón F. Feo** especificó:

La forma de los actos comprende las operaciones o pasos jurídicos necesarios para hacerlos (*quod agitur*) y los escritos destinados a hacerlos constar (*instrumenta*). Así, por ejemplo, para el acta civil de nacimiento es preciso ocurrir a la autoridad a cuyo cargo está el registro con las personas que la ley designa, a hacer la declaración del caso, presentar el nuevo nacido y luego suscribir el acta redactada conforme a la ley.¹⁴¹

156. Asimismo el doctor **Ramón F. Feo** explica que

la forma extrínseca, o sean las formalidades externas, y la forma intrínseca, o sean las condiciones sustanciales del acto mismo son esencialmente distintas y no pueden confundirse: por eso un acto

¹⁴⁰ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, Caracas, 1897, p. 45. Advertencia similar había hecho el doctor **Aníbal Dominici** con relación al Código Civil del **veintiocho de octubre de 1862**, cuando observó que “se concreta a dar reglas sobre los instrumentos públicos, cuando es evidente que el principio *locus regit actum* es aplicable no sólo a los actos escritos sino también a los verbales, puesto que la palabra se toma allí en el sentido de hecho jurídico, no de documento o escritura”.

¹⁴¹ **Ramón F. Feo**. *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 38.

puede ser perfectamente legal, irreprochable en la forma extrínseca, y nulo e ilegal en lo intrínseco. Por ejemplo, un testamento otorgado por un padre venezolano en Inglaterra con todas las exigencias de forma allí requeridas, por el cual dejare todos sus bienes al hijo mayor, estableciendo en su favor una vinculación y desheredando a los demás, sería un testamento válido en la forma, pero nulo en sus disposiciones ante la ley venezolana, que no permite tales cosas; y por tanto no podrían los Tribunales hacerlo cumplir, por más que el documento fuere legítimo, auténtico y viniese legalizado. El documento formal sería una prueba fehaciente del acto; pero de un acto esencialmente vicioso y sin efectos en Venezuela.¹⁴²

157. **Ramón F. Feo** también advirtió:

Los Tribunales de justicia deben no olvidar que las disposiciones *decisoriae litis*, esto es, las que han de seguirse para fallar el litigio son las de las leyes venezolanas, en tanto que según los principios de que ha venido haciéndose referencia, no esté autorizada la aplicación de la ley extranjera; y que respecto de las disposiciones *ordinatoriae litis*, esto es, competencia de los Tribunales y forma de procedimiento, son las leyes venezolanas, y en general las leyes del lugar en que se intenta la demanda, las que deben seguirse, porque son de orden público y de propia incumbencia en cada país, según se ha explicado.¹⁴³

158. Comentarios similares hizo el doctor **Aníbal Dominici** cuando sostuvo:

Los actos de procedimiento, ejecución y competencia se rigen por la ley del lugar en que se radica el juicio, *lex fori*. Los tratadistas distinguen las reglas concernientes a la sustanciación y a la sentencia en dos clases: las *ordenatorias* que se refieren al procedimiento propiamente dicho, y siguen la ley expresada, y las *decisorias*, entre las cuales se cuenta la admisibilidad de los medios de prueba, que se gobiernan por la ley del lugar del contrato, *loci contractus*, porque son parte en realidad de los derechos que aquél ha conferido a los contratantes.¹⁴⁴

¹⁴² **Ramón F. Feo**. *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 38.

¹⁴³ **Ramón F. Feo**. *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 39.

¹⁴⁴ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, p. 49.

159. No obstante la importancia reconocida a la regla *locus regit actum* el doctor **Aníbal Dominici** acepta varias excepciones, una de ellas “cuando el acto o contrato se ha celebrado en país extranjero, con el único fin de eludir dolosamente la ley del domicilio de alguna de las partes”,¹⁴⁵ y el doctor **Ramón F. Feo** también afirmó la aplicación de la ley del lugar de celebración,

a menos que se pruebe que las partes se fueron al extranjero a ejecutar el acto con el propósito de burlar la ley nacional.¹⁴⁶

160. Por otra parte, aun cuando “los documentos otorgados en el extranjero, serán auténticos, si llenan las formalidades que en ellos se exigen para que se les considere como tales”, según indica el Licenciado **Luis Sanojo**,

debe advertirse que si ahí se tienen por auténticos documentos que no se hayan otorgado o reconocido ante una autoridad pública competente para el caso, no pueden producir la acción ejecutiva en la República. Entre nosotros el documento privado no tiene esa fuerza y no podemos dársela tan sólo porque se haya otorgado fuera del país.¹⁴⁷

161. En sus comentarios a un precepto idéntico del Código de Procedimiento Civil del **catorce de mayo de 1897** (artículo 506), el doctor **Ramón F. Feo** acepta la opinión anterior

sobre los documentos otorgados en el extranjero –que necesitan las formalidades exigidas donde se otorgó para ser públicos y auténticos, y además que vayan legalizados y reúnan las condiciones

¹⁴⁵ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, p. 48. Resulta difícil entender la referencia a la ley del domicilio de algunas de las partes, por cuanto el Legislador venezolano no atribuyó competencia a la ley del domicilio para regir la forma extrínseca de los actos. La misma observación es válida respecto a los comentarios del Licenciado **Luis Sanojo** cuando sostuvo: “Si los contratantes o el individuo de quien emana una disposición han ido al extranjero con el fin de eludir una disposición de la ley de su domicilio respecto de las formalidades externas del acto, éste deberá regirse con arreglo a la disposición legal que han ido a eludir las partes” (*Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 41, p. 45).

¹⁴⁶ **Ramón F. Feo**. *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tipografía Gutenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 39.

¹⁴⁷ **Luis Sanojo**. *Exposición del Código de Procedimiento Civil, con su Texto*. Caracas, Imprenta Federal, 1878, número 496, p. 320. De acuerdo con el artículo 361 del Código de Procedimiento Civil del **diez de diciembre de 1880**, que reprodujo textualmente el artículo 357 del Código anterior, la procedencia de la acción ejecutiva se encontraba supeditada a la presentación por el demandante de “escritura pública u otro documento auténtico que pruebe, clara y ciertamente la obligación del demandado de pagar alguna cantidad líquida con plazo cumplido, o cuando acompañe vale o documento privado reconocido judicialmente por el deudor”.

requeridas por esta ley que estudiamos para poder tener fuerza ejecutiva. Un documento privado según estas leyes, no tendrá aquella fuerza, por más que donde se otorgó produzca plena prueba. Es cuestión de procedimiento, en que prevalece sobre la ley extranjera, la ley del país.¹⁴⁸

162. La determinación de la ley aplicable a **la forma extrínseca de los poderes otorgados en el extranjero** fue objeto de regulación autónoma en el Código de Procedimiento Civil del **diez de diciembre de 1880**, que repitió con el mismo número el artículo dieciséis del Código anterior. En consecuencia fue dispuesto:

Si el poder ha sido otorgado en país extranjero, debe tener las formalidades establecidas en él y venir además legalizado por un magistrado del lugar o por otro funcionario público competente. En el caso de haberse otorgado en idioma extranjero, se le traducirá al castellano por un intérprete jurado.¹⁴⁹

¹⁴⁸ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano.** Tomo III, Caracas, Tipografía Guttenberg, 1907, p. 26.

¹⁴⁹ La materia había sido regulada en términos similares por el artículo cuarto de la Ley Primera, Título Primero, del Código de Procedimiento Judicial de **diecinueve de mayo de 1836** que dispuso: “Si el poder ha sido otorgado en país extranjero, debe tener las formalidades que se exijan en dicho país, y venir además legalizado por un Magistrado del lugar donde se haya otorgado, y traducido al castellano por un intérprete jurado”. Sin embargo, es de advertir que el *Decreto sobre Intérpretes* sólo se promulgó tres años después, el **diecinueve de marzo de 1839 (Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela)**, Tomo I, Caracas, 1874, Imprenta de La Opinión Nacional, número 363, p. 507). En virtud de divergencias interpretativas, el precepto fue objeto de consulta a la Corte Suprema de Justicia que, en Acuerdo del **treintiuno de octubre de 1837**, confirmó la competencia de la *lex loci actus* para regir la forma extrínseca de los poderes otorgados en el extranjero (**Pedro Pablo Del Castillo. Teatro de la Legislación Colombiana y Venezolana Vigente**, Tomo I, Valencia, Imprenta del Teatro de Legislación, a cargo de N. Carrasquero, 1852, p. 76; Tomo III, Valencia, Imprenta del Teatro de Legislación, a cargo de N. Carrasquero, 1852, p. 93). Un régimen similar había sido previsto en el *Proyecto de Código de Procedimiento Civil* del **primero de enero de 1835** publicado en Valencia por el jurisconsulto **Rafael Agostini. Actos Legislativos**, 1836, p. 334). La misma solución fue consagrada en el artículo cuarto de la Ley Primera del Título Primero del Código de Procedimiento Civil de **dos de marzo de 1863**, que dispuso: “Si el poder ha sido otorgado en país extranjero, debe tener las formalidades establecidas en él, y venir además legalizado por un magistrado del lugar o por otro funcionario público cuya intervención dé autenticidad. En el caso de haberse otorgado en idioma extranjero, se le traduce al castellano por un intérprete jurado, nombrado judicialmente” (**Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela**, Ministerio de Relaciones Interiores, Tomo V, Editorial Sudamericana S.A. (Buenos Aires), Caracas, 1943, p. 329).

163. **Luis Sanojo** comentó al respecto:

El artículo 16 del Código de Procedimiento Civil lo que quiere es que el poder, aunque sea otorgado en país extranjero, conste en forma auténtica, y parece natural que tenga las formalidades que en aquél país se exigen para los documentos que han de obrar fuera del mismo, si hai tales formalidades establecidas. La costumbre es hacer legalizar en último resultado la firma del funcionario que haya autorizado el documento, por un agente diplomático o consular de la República en dicho país o por el de una nación amiga. Pero no creemos que esto sea necesario con tal que el poder conste de una manera auténtica; al que redarguya de falso el poder le corresponderá probar su pretensión. Si el poder viniere en idioma extranjero, se le hará traducir por un intérprete jurado, entendiéndose por tal a uno que tenga título expedido por el Gobierno puesto que tiene prestado juramento de desempeñar bien sus funciones o uno que nombre el tribunal.¹⁵⁰

164. La última previsión es lógica consecuencia del primer párrafo del artículo undécimo de los Códigos Civiles de 1873 y 1880 que dispusieron: “El idioma legal es el español”.¹⁵¹

165. La competencia de principio reconocida a la *lex loci actus* fue objeto de una excepción en **el segundo párrafo del artículo noveno** que dispuso:

En todo caso, la lei de Venezuela que haya establecido como necesaria una forma especial, deberá ser cumplida.

166. Con relación al segundo párrafo del artículo noveno del Código Civil del **diecinueve de mayo de 1896**, que reprodujo el texto de 1880, **Aníbal Dominici** sostuvo que “la formalidad se convierte en tal caso en una solemnidad *intrínseca*”, es decir, un elemento de fondo, relativo a la causa o a la materia del contrato. Al respecto ejemplifica que si la persona

¹⁵⁰ **Luis Sanojo**, *Exposición del Código de Procedimiento Civil, con su Texto*. Caracas, Imprenta Federal, 1876, número 29, p. 31.

¹⁵¹ A este respecto es de recordarse que el Decreto Ejecutivo del **veinticuatro de septiembre de 1883** dispuso: “Artículo 1º. En los Institutos de Instrucción, tanto primaria como superior y científica, que existen en la República, se enseñará la ortografía, con la doctrina sobre el acento escrito, sancionada últimamente por la Real Academia Española. Artículo 2º. La misma ortografía se usará exclusivamente en todas las oficinas públicas” (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo X, Caracas, 1887, Imprenta y Litografía del Gobierno Nacional, número 2486 (a), p. 271).

ha otorgado en Francia un testamento ológrafo, que nuestra ley no reconoce; si ha contraído matrimonio meramente eclesiástico en un país donde es esa la forma de su celebración; el testamento y el matrimonio son perfectamente válidos en Venezuela, y producen todos sus efectos civiles. Mas, si ha otorgado una donación, celebrado capitulaciones matrimoniales, constituido hipoteca de bienes situados en territorio venezolano, etc., en forma privada, esos actos no son eficaces aquí, aunque en el país donde se hicieron no se exijan más requisitos, porque nuestras leyes imponen el registro de la escritura en el lugar de la situación del inmueble, como solemnidad esencial.¹⁵²

167. La competencia de la *lex loci actus* para regir la forma extrínseca de los actos fue repetida en los Tratados suscritos en la misma década por Venezuela con Bélgica, Bolivia y El Salvador.

168. En efecto, el **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación** suscrito en Caracas el **veintisiete de agosto de 1883** por representantes de **El Salvador y Venezuela**, dispuso en el artículo noveno:

La forma externa de los actos entre vivos y de última voluntad se regirá por las leyes de aquella Nación Contratante en que se hayan celebrado tales actos.

169. La competencia de la *lex loci actus* también fue consagrada por el artículo décimo en los términos siguientes:

Los contratos e instrumentos públicos celebrados en Venezuela de conformidad con sus leyes, son válidos y causan los efectos que procedan en justicia ante los tribunales de El Salvador, siempre que no sean contrarios a su Constitución y leyes; y recíprocamente son válidos y causan los mismos efectos, los celebrados en El Salvador, ante los tribunales de Venezuela.

170. Este precepto, a diferencia del convenido en el Tratado con Bolivia, se abstuvo de pronunciarse sobre el reconocimiento y ejecución recíproca de las sentencias y laudos arbitrales pronunciados sobre materias civiles.¹⁵³

¹⁵² Anibal Dominici. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, Caracas, 1897, p. 46.

¹⁵³ Véase antes el número 66 de este trabajo.

171. Por otra parte su artículo undécimo dispuso:

Para que los instrumentos públicos procedentes de una de las Naciones contratantes produzcan efectos legales en la otra, es necesario que estén autenticados conforme a las leyes y prácticas de Venezuela o de El Salvador.

172. De esta manera el **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación** concluido entre **El Salvador y Venezuela** parece haberse reproducido la diferencia entre la “forma” y la “autenticidad” de los instrumentos públicos contemplada en el Código civil de Chile de 1855. En efecto su artículo décimo séptimo previno:

La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese.¹⁵⁴

173. La competencia de la *lex loci* fue igualmente afirmada en el artículo duodécimo para el cumplimiento de los exhortos o comisiones rogatorias.¹⁵⁵

174. En términos similares el **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación**, entre **Bolivia y Venezuela**, suscrito en Caracas, el **catorce de septiembre de 1883**, previno en su artículo noveno:

La forma extrínseca de los actos entre vivos y de los actos de última voluntad será regida por las leyes del país en que se otorguen estos actos.¹⁵⁶

175. De la misma manera el artículo décimo dispuso:

Los documentos, obligaciones y contratos otorgados en una de las Naciones Contratantes, con arreglo a las formas establecidas en sus leyes, así como las sentencias arbitrales y las pronunciadas por los

¹⁵⁴ **Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**, Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 371-383. La aprobación legislativa venezolana es del **tres de junio de 1884**; y el canje de ratificaciones se produjo en Caracas, el **once de diciembre de 1884**.

¹⁵⁵ Véase antes el número 65 de este trabajo.

¹⁵⁶ **Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**, Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 391-403. La aprobación legislativa se realizó el **doce de junio de 1884** y la ratificación ejecutiva tuvo lugar el **diecisiete de junio de 1884**.

tribunales, en materia civil, que estén ejecutoriadas, surtirán en el territorio de la otra, los mismos efectos legales que los documentos, obligaciones y contratos celebrados dentro de los límites de su jurisdicción, y que las sentencias pronunciadas por sus propios tribunales, siempre que la ejecución de cualquiera de estos actos no se oponga a su constitución y leyes. Los trámites en tales casos serán los establecidos en que se haga la gestión que corresponda.¹⁵⁷

176. Asimismo el artículo duodécimo del **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación** concluido entre **Bolivia y Venezuela** declaró aplicable la *lex loci* para regular la forma extrínseca y el trámite de los exhortos y comisiones rogatorias que los Juzgados o Tribunales de cada una de las dos Naciones Contratantes dirigieron a los de la otra, en materia de procedimiento civil.¹⁵⁸

177. Por su parte el **Tratado de Amistad Comercio y Navegación**, firmado en Caracas, el **primero de marzo de 1884**, por representantes de **Bélgica y Venezuela** se limitó a disponer en su artículo veinte:

La forma extrínseca de los actos entre vivos y de los actos de última voluntad será regida por las leyes del país en que se otorguen estos actos.¹⁵⁹

178. Según puede observarse en ninguno de estos Tratados se contempló la excepción contemplada por el segundo párrafo del artículo del Código Civil del diez de diciembre de 1880. En consecuencia, la validez formal de los actos quedó únicamente regida por la *lex loci*, y no tuvo aplicación el requerimiento de cumplir con la forma especial exigida como necesaria por la ley venezolana.

179. La segunda frase del primer párrafo del artículo noveno consagró una solución alternativa en materia de forma extrínseca de los actos, por cuanto permitió a los venezolanos cumplir con la ley venezolana ante el empleado competente de la República en el lugar del otorgamiento.

¹⁵⁷ Véase antes los números 66-67 de este trabajo.

¹⁵⁸ Véase antes el número 69 de este trabajo.

¹⁵⁹ **Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**, Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 414-425. El canje de ratificaciones se produjo el **ocho de febrero de 1886**.

180. Según destaca **Ramón F. Feo**

ese empleado no puede ser otro que el agente diplomático o consular acreditado en aquél lugar, que son los únicos que es dado a un país tener en territorio de otro; y su competencia o incompetencia para el acto resultará de las facultades que la ley venezolana les conceda, las cuales pueden ser más o menos limitadas, y abrazar o no funciones notariales.¹⁶⁰

181. Ahora bien, como una consecuencia lógica de esta disposición, idéntica al texto utilizado por el Legislador de 1873, el Licenciado **Luis Sanojo** hizo énfasis en “que el Código da a los actos de los extranjeros en Venezuela el mismo valor que da al de los venezolanos en el extranjero”. En consecuencia, sostuvo que

recíprocamente, los actos ejecutados por un extranjero en Venezuela tendrán efecto y validez en la República, siempre que se llenen los requisitos exigidos por nuestras leyes o por las del país del otorgante, cuando el otorgamiento se haga ante un empleado de aquél país en Venezuela.¹⁶¹

182. Sin embargo, la posibilidad contemplada en la segunda frase del primer párrafo del artículo noveno careció de importancia práctica en la época de promulgación del Código Civil del **diez de diciembre de 1880** porque de acuerdo con el artículo 39 de la Ley de Servicio Consular del **dieciséis de junio de 1865**, los cónsules y agentes comerciales venezolanos en el extranjero sólo tenían

la facultad de recibir toda especie de protestas o declaraciones que los capitanes, maestros, marineros, pasajeros y comerciantes, ciudadanos de la República de Venezuela, o cualesquiera extranjeros, tengan por conveniente hacer ante ellos sobre asuntos en que se ver-sen intereses de los dichos ciudadanos de Venezuela, y las copias de estos actos, formados por los mismos Cónsules o Agentes comerciales y selladas con el sello consular, tendrán entera fe y crédito en todas las oficinas y Tribunales de la República. También están facul-

¹⁶⁰ **Ramón F. Feo**. *Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano*, Tipografía Gutenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 34.

¹⁶¹ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 41, p. 44.

tados para legalizar los documentos expedidos por las autoridades locales a falta de empleados diplomáticos de Venezuela, y los expedidos por las autoridades venezolanas después que lo haya hecho el Ministro de Relaciones Exteriores de la República.¹⁶²

183. Algún tiempo antes de la promulgación del Código Civil, debido a la conducta de algunos funcionarios consulares, el Ministerio de Relaciones Exteriores dirigió a los Cónsules de la República la Circular de **veintinueve de julio de 1880** con la finalidad de hacerles el siguiente recordatorio:

Según el artículo 9º del Código Civil, la forma extrínseca de los actos entre vivos y de última voluntad se rige por las leyes del país donde se hacen; aunque en éstos los venezolanos pueden seguir las de su nación cuando se otorga el acto ante el empleado competente de la República en el lugar del otorgamiento. Ahora bien, no existe disposición alguna que dé competencia a los Cónsules ni a los Agentes Comerciales para autorizar la constitución de poderes. Por otra parte, en cuanto a poderes para actos judiciales, el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil exige, cuando son otorgados en país extranjero, que tengan las formalidades allí establecidas, y vengan además legalizados por un magistrado del lugar o por otro funcionario público competente.

184. Con fundamento en las anteriores consideraciones les advirtió:

que no toca a los Cónsules ni a los Agentes Comerciales intervenir en el otorgamiento de poderes de ninguna clase, pero sí legalizar la firma de los magistrados locales en ellos puesta, en virtud de la facultad que al efecto les concede el artículo 39 de la ley respectiva, a falta de Agente Diplomático.¹⁶³

185. En la Memoria presentada al Congreso el **veinte de febrero de 1881**, el Ministro de Relaciones Exteriores, doctor **Pedro J. Saavedra**, hizo las siguientes observaciones:

¹⁶² **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IV, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia de Evaristo Fombona, número 1505, p. 396.

¹⁶³ **Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores al Congreso de los Estados Unidos de Venezuela en 1881**, Caracas, 1881, *Documentos*, pp. 127-128; **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo VIII, Caracas, Imprenta de la Opinión Nacional, 1884, número 2224, p. 481.

Se mencionan los inconvenientes anexos a la falta de autorización en los cónsules para intervenir en poderes, autorización que han conferido los reglamentos de otros Estados a los suyos, con lo cual economizan tiempo y facilitan semejantes actos a los ciudadanos respectivos. Pero la actual ley no incluye la facultad de que se habla, y en su silencio se fundó la resolución de este Despacho que así lo declara. Bueno es sin duda hacer expeditas operaciones de frecuencia diaria en los negocios de la vida; mas no faltará quien prefiera ejecutar el acto de un modo que le comunique validez en todas partes, en vez del que sólo surta efecto en algunas. El poder otorgado ante los funcionarios del lugar vale allí y donde quiera; el otorgado ante Cónsules sólo es eficaz para la Nación a que pertenecen, supuesto que ella los haya facultado al intento.¹⁶⁴

186. Asimismo informó sobre la Resolución dictada al respecto, con expresa indicación de que el “artículo 105 de la Constitución prohíbe a toda corporación o autoridad el ejercicio de cualquier función que le esté atribuida por las leyes”; y que el Ejecutivo no había considerado el otorgamiento de poderes comprendido en la denominación de protestas y declaraciones mencionado en el artículo 39 de la Ley de dieciséis de junio de 1865, motivo por el cual “declaró que no correspondía a tales empleados, aunque sí la comprobación de la firma de los del lugar de su residencia en defecto de Ministros de Venezuela”. No obstante agregó la salvedad de que “esto se entiende de los cónsules en general, sin perjuicio de las atribuciones de que gozan, por el Tratado de Italia, mientras estuviere vigente, los allí establecidos”.¹⁶⁵

187. Por su parte, el doctor **Ramón F. Feo** informa que “fue decidido por los tribunales ser nulo un poder otorgado ante un Cónsul”, porque la ley vigente en la época “sólo los autorizaba para recibir protestas y declaracio-

¹⁶⁴ **Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores al Congreso de los Estados Unidos de Venezuela en 1881**, *Exposición Preliminar*, p. XXVI.

¹⁶⁵ **Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores al Congreso de los Estados Unidos de Venezuela en 1881**, *Exposición Preliminar*, p. XXXVII. La excepción aludida por el Canciller deriva del artículo vigésimo del *Tratado de Amistad, Comercio y Navegación* concluido entre Venezuela e Italia, suscrito en Madrid el **diecinueve de junio de 1861** (Ratificación ejecutiva del **seis de agosto de 1862**; canje de ratificaciones en París el **veinte de septiembre de 1862**) que concedió a los Cónsules Generales, Cónsules y Vicecónsules el derecho de recibir “las declaraciones y otros actos que los capitanes, tripulantes, pasajeros, negociantes o ciudadanos de su Nación quieran hacer, incluso los testamentos o últimas voluntades y todos los demás actos notariados, sin exceptuar los que tengan por objeto establecer hipotecas; en cuyo caso se aplicarán las disposiciones existentes sobre la materia en los dos países”.

nes de carácter mercantil y marítimo, en que no podían darse por comprendidos los poderes”.¹⁶⁶

188. Sin embargo, las facultades de los Cónsules fueron modificadas por el Legislador. En efecto, el artículo 56 de la siguiente ley sobre servicio consular de la República en países extranjeros, de **veintiséis de mayo de 1885**, luego de reproducir sustancialmente las facultades establecidas en la ley anterior, intercaló el siguiente párrafo:

También podrán presenciar el otorgamiento de poderes de cualquiera clase para obrar ante las autoridades y Tribunales de Venezuela; y recibir en sus Cancillerías cualquiera contratos que celebren sus compatriotas, o entre sí, o con personas del país de la residencia consular, siempre que tales convenios se refieran a bienes situados, u obligaciones que deban cumplirse en el territorio de la República.¹⁶⁷

189. Con vista de la reforma hecha por la ley de **veintiséis de mayo de 1885** el Cónsul de Venezuela en Trinidad, señor **Joaquín Machado**, se dirigió al Ministerio de Relaciones Exteriores el **veintiocho de julio de 1886** para preguntar

si deben registrarse todos los documentos que versen sobre intereses en Venezuela, sean de la especie que fueren, sin tener que llenar antes ningún otro requisito ante algún funcionario del lugar; o autenticarse simplemente la firma de estos funcionarios y el cargo que representan.

190. El Ministro de Relaciones Exteriores, **Julián Viso**, contestó el **doce de agosto de 1886**, a través de la Dirección de Derecho Internacional Privado, en los términos siguientes:

Los Cónsules, de conformidad con el artículo 56 de la ley respectiva, pueden presenciar el otorgamiento de poderes de cualquiera

¹⁶⁶ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Gutenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, pp. 94-95.

¹⁶⁷ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo XII, Caracas, 1891, Imprenta de La Patria, número 3028, p. 146. El artículo 60 de La ley de **treintiuno de mayo de 1887, Reglamentaria del Servicio Consular de la República** reprodujo en los mismos términos las facultades de los Cónsules (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo XIII, Caracas, 1891, Imprenta y Litografía del Gobierno Nacional, número 3949, p. 312).

clase para obrar ante las autoridades y tribunales de Venezuela. Los otorgantes venezolanos seguirán en ese otorgamiento las formas y solemnidades de las leyes de Venezuela, según el artículo 9 del Código Civil. En consecuencia, el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil debe entenderse con referencia a los poderes otorgados en país extranjero ante las oficinas de éste, y no cuando el poder sea otorgado ante los funcionarios diplomáticos o consulares de la República en el lugar del otorgamiento, de conformidad con el citado artículo 9 del Código Civil.¹⁶⁸

191. Asimismo suministró al funcionario consultante las siguientes instrucciones:

Los referidos Agentes están facultados para autorizar todos los contratos que envuelvan obligaciones personales entre uno o más de sus compatriotas, o con otras personas habitantes de la residencia del Cónsul, así como también todos aquellos que aún siendo de interés exclusivo para los naturales del mismo territorio en que se celebren, se refieran a bienes situados o a negocios que deban tratarse en cualquier punto de la República. Tales contratos deben ser redactados en las formas y con las solemnidades requeridas por las leyes de Venezuela, aunque los dueños de los dichos bienes sean nacionales de otro país y no residan en Venezuela.

192. De igual modo le hizo saber:

Pueden asimismo los dichos Cónsules recibir en la Oficina, en el domicilio de las partes y a bordo de los buques de su nación, las protestas y declaraciones, incluso los testamentos o últimas voluntades, y todos los demás actos propios de la jurisdicción voluntaria, que quieran hacer los capitanes, individuos de la tripulación, pasajeros y comerciantes, ciudadanos de Venezuela, o cualesquiera extranjeros que no sean nacionales o habitantes del país en que resida el Cónsul, sobre asuntos en que se versen intereses de ciudadanos de Venezuela; y todos estos actos deben ser redactados igualmente en las formas y con las solemnidades requeridas por las leyes de Venezuela.

¹⁶⁸ Véase antes el número 180 de este trabajo.

193. Finalmente el Ministerio de Relaciones Exteriores agregó las siguientes consideraciones:

Los instrumentos o certificaciones de estos actos, legalizados por el Cónsul que los hubiere registrado en el libro correspondiente de su Consulado, y sellados con el sello de éste, harán fe en juicio y fuera de él en los tribunales, juzgados y demás autoridades de Venezuela, con la misma fuerza que los originales. Pero si el acto debe ponerse en ejecución en otro país distinto de Venezuela, es necesario someterlo después al sello, registro o cualesquiera otras formalidades que rijan en el dicho país de la ejecución. Y si el Cónsul legaliza simplemente, a falta de Agentes diplomáticos de su nación y después que lo haya hecho el empleado designado al efecto en el Ministerio de Relaciones Exteriores del país en que aquél resida, los documentos expedidos por las autoridades locales.¹⁶⁹

194. Las consideraciones anteriores permiten afirmar que, de acuerdo con la segunda frase del primer párrafo del artículo noveno del Código Civil, sólo los venezolanos podían seguir las disposiciones de las leyes venezolanas en cuanto a la forma extrínseca, cuando el acto fuera otorgado ante el empleado competente de la República en el lugar del otorgamiento. Sin embargo, la Ley del **veintiséis de mayo de 1885** precisó que las facultades de los Cónsules de la República se limitaban a recibir cualquier clase de contratos, celebrados entre venezolanos o entre venezolanos y personas del país de la residencia consular, pero sólo si se referían a bienes ubicados o a obligaciones que debieran cumplirse en el territorio de la República; especificación que fue repetida en el artículo 60 de la Ley del **treintiuno de mayo de 1887**. Finalmente, la Circular del **doce de agosto de 1886** entendió que también estaban facultados para autorizar todos aquellos contratos que, aun siendo de interés exclusivo para los naturales del territorio donde se celebren, se refirieran a bienes situados o a negocios que deban tratarse en cualquier punto de la República.

IX. LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

195. En seguimiento de los Códigos anteriores, el legislador de 1880 reguló diversos aspectos del matrimonio desde el punto de vista del Derecho internacional privado.

¹⁶⁹ **El Libro Amarillo. 1887.** Caracas, Imprenta y Litografía del Gobierno Nacional, 1887, *Documentos. Decretos, Resoluciones y Oficios*, pp. 39-40.

196. Las normas sobre la **celebración del matrimonio de los venezolanos en país extranjero y del de los extranjeros en Venezuela** fueron incluidas en la Sección Séptima del Título Cuarto, Libro Primero del Código Civil.

197. Con relación a los **matrimonios celebrados en Venezuela**, regulados en la Sección Sexta del mismo Título Cuarto, el artículo 72 del Código Civil de 1880 dispuso:

El matrimonio es por su esencia y naturaleza perpetuo e indisoluble, y no puede contraerse sino entre un hombre y una mujer. La Ley no reconoce sino el matrimonio que se reglamenta por el presente título, siendo el único que producirá efectos legales, tanto respecto de personas como respecto de bienes.

198. Según advierte **Aníbal Dominici** la redacción se presta a equívocos, porque

La ley no puede referirse sino al matrimonio contraído en Venezuela, dado que no es posible negarse a reconocer los que han sido celebrados en otros países, de acuerdo con los preceptos establecidos en ellos.¹⁷⁰

199. En su Memoria presentada al Congreso el **veinte de febrero de 1880** con el carácter de Ministro de Relaciones Exteriores, el doctor **Julián Viso** señaló que “cuando sólo se conocía entre nosotros el matrimonio eclesiástico era concebible la repugnancia de los adictos a otros cultos a someterse a él”; y de seguida advirtió:

mas desde que, prescindiéndose de la parte religiosa, se adoptó un sistema uniforme para la celebración del contrato civil, vino a tierra el obstáculo, y hoy no existe motivo alguno que justifique la falta de cumplimiento de la Ley.¹⁷¹

200. El año siguiente, en la Memoria del mismo Despacho sometida al Congreso el **veinte de febrero de 1881**, el doctor **Pedro J. Saavedra** también recordó que

al introducirse el matrimonio civil en 1873, desaparecieron las dificultades religiosas, que han sido los principales móviles de la

¹⁷⁰ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, p. 131.

¹⁷¹ **Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores. 1880. Exposición Preliminar**, pp. XXXIV-XXXV.

autorización concedida a los Agentes diplomáticos y a los consulares para intervenir en los enlaces de sus conciudadanos.¹⁷²

201. De inmediato agregó el artículo 73 del Código Civil:

Después de celebrado el matrimonio con arreglo a las disposiciones de este Título, podrán los contrayentes, según los dictámenes de su conciencia, cumplir con los ritos de la religión que profesen; pero este acto no podrá ser presenciado sin que al Ministro del culto o al que debe presenciarlo, le sea presentada la certificación de haberse contraído el matrimonio, conforme a lo dispuesto en el presente título.

202. El precepto reprodujo el artículo 70 del Código anterior; pero modificó la frase: “por el Ministro de la religión de los contrayentes”; y en su lugar previno: “*sin que al Ministro del culto o al que debe presenciarlo*”.

203. Según explica **Aníbal Dominici** “esta disposición es indispensable para establecer la igualdad entre los ciudadanos”, y “concuerta absolutamente con las garantías constitucionales que en la República aseguran a todos los habitantes del territorio la libertad del pensamiento y la libertad de conciencia”.¹⁷³

204. De igual modo **Aníbal Dominici** hizo la siguiente advertencia:

Las leyes de orden público están antes que la voluntad de los particulares, porque en ellas descansan el interés social y la seguridad de los asociados.

¹⁷² **Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores. 1881. Exposición Preliminar. Cuestión de validez del matrimonio celebrado en Venezuela sin observancia de la Ley de la Materia**, pp. XXII-XXIII. En esa oportunidad el Ministro de Relaciones Exteriores afirmó la siguiente conclusión: “ni es dable prescindir a la observancia de la específica Ley de 1873, ni de las disposiciones de los artículos 69 y 124 del Código Civil, antes deben sostenerse como las más arregladas a la naturaleza de la autoridad, las que más se avienen con el respeto de las atribuciones soberanas de la República; las que, por su uniformidad, son menos susceptibles de abusos, y las que ofrecen a los mismos extranjeros mayor número de ventajas con haber removido toda clase de estorbos a sus uniones legales”. Resulta extraño que los artículos mencionados correspondan al Código Civil de 1873 por cuanto el nuevo Código había sido promulgado el **diez de diciembre de 1880**, con vigencia a partir del veintisiete de enero de 1881, o sea, tres semanas antes de la fecha de presentación al Congreso de la Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores. La referencia al Código anterior puede explicar su señalamiento adicional: “lo más que podría hacerse para guardar consecuencia, es adoptar la legislación francesa, italiana y prusiana, en cuanto exigen prueba al extranjero, cuando trata de casarse, de que las leyes de su patria no se lo impiden; así como el Código requiere de los venezolanos que, al desposarse en otra Nación, no infrinjan las leyes patrias”. En verdad, el artículo 114 del Código Civil de 1880 exigió la prueba de su capacidad al extranjero que pretendiera contraer matrimonio en Venezuela (Véase luego el número 215 de este trabajo).

¹⁷³ **Aníbal Dominici. Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)**, Tomo I, pp. 131-132.

205. En consecuencia afirmó:

El legislador no quiso con razón dejar a las partes la facultad de observar o no las formalidades del matrimonio civil, porque habiendo personas que abrigan la creencia de que las formalidades religiosas son las únicas obligatorias en conciencia, habría de suceder que se creasen muchas familias irregulares con hijos ilegítimos, y la sociedad padecería así como los hijos dichos, con ese orden de cosas contrario a derecho.

206. A este respecto **Aníbal Dominici** también destacó que

reconocer como legal el matrimonio hecho conforme a los ritos de cada secta o religión, tiene todas las inconveniencias que proceden de la observancia y aplicación de diversas legislaciones en una misma materia y en un mismo país; y reducir la observancia del matrimonio civil sólo a las personas que no profesan el culto católico equivale a establecer divisiones entre los ciudadanos, que son y deben ser iguales ante la ley.¹⁷⁴

207. El Código Civil de 1880 guardó silencio, como el Código anterior, en el **caso de celebración del matrimonio en Venezuela**, cuando alguno de los contrayentes no conociere el idioma castellano. Sin embargo, es de recordar que el Decreto del **primero de enero de 1873** que estableció el formulario de la ley de matrimonio civil, luego de establecer el correspondiente al *Acta de Matrimonio* en la *Observación Octava* hizo el siguiente señalamiento:

Si los contrayentes o alguno de ellos ignorare el idioma castellano manifestará su consentimiento por medio de intérprete.¹⁷⁵

208. La *Observación Octava* sólo fue incluida en forma expresa el Código Civil de 1896 (párrafo cuarto del artículo 114); y, por tanto, se explica el comentario del doctor **Aníbal Dominici** cuando indicó que la ley ahora ha previsto

el caso del matrimonio de un extranjero o extranjera que no habla el idioma castellano: para que pueda expresar su voluntad de contraerlo deberá ser asistido el contrayente por un intérprete que llevará él mismo y que no está sujeto a formalidad alguna.¹⁷⁶

¹⁷⁴ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, p. 132.

¹⁷⁵ *Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela*, Tomo V, Caracas, 1874, Imprenta de La Concordia de Evaristo Fombona, número 1804, p. 223.

¹⁷⁶ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, p. 181.

209. El artículo 114 del Código Civil estableció los **recaudos que debían ser consignados al funcionario en caso de celebración de matrimonios en Venezuela**; y de acuerdo con su ordinal octavo debían presentarse al Presidente del Concejo Municipal los documentos exigidos a los extranjeros por el artículo 127, que previó:

El extranjero que quiera contraer matrimonio en Venezuela, debe comprobar o justificar además, ante el Juez de Primera Instancia de su domicilio, que él es de estado soltero o viudo, con el testimonio jurado de dos o más testigos, mayores de veinte y un años, hábiles para declarar y que den razón fundada de su dicho. Finalmente debe comprobar, con certificación del respectivo agente diplomático o consular, o con certificación legalizada de cualquiera autoridad competente de su país que, según la ley de que depende, no hay obstáculo para el matrimonio proyectado.

210. De esta manera, como lo había hecho el Código anterior, exigió una mayoría especial para los testigos, por cuanto el artículo 1288 del Código Civil se limitaba a prohibir el testimonio de quienes fueren menores de quince años.¹⁷⁷

211. El artículo 114 no contempló la obligación del contrayente extranjero de comprobar su carácter de divorciado, si tal fuere el caso. Debido a la prohibición existente en Venezuela de disolver el matrimonio por divorcio,¹⁷⁸ aplicable a todas las personas sin distinción de nacionalidad, el planteamiento sólo pudo presentarse respecto de personas extranjeras divorciadas fuera del territorio de la República. Ahora bien, el extranjero estaba obligado a demostrar que “no hay obstáculo para el matrimonio proyectado”; y, por tanto, la aceptación de la correspondiente certificación, expedida por la autoridad competente a una persona divorciada, implícitamente traía como consecuencia el reconocimiento del eventual divorcio que hubiere disuelto el vínculo anterior.

¹⁷⁷ El artículo 1288 del Código Civil prescribió: “No podrán ser testigos en juicio los furiosos, dementes o mentecatos, los menores de quince años, los jugadores de profesión, los ebrios, los vagos, los deudores fraudulentos, y mientras no obtengan rehabilitación, los que hayan sufrido una pena infamante”.

¹⁷⁸ El artículo 150 del Código Civil dispuso: “El matrimonio válido no se disuelve sino por la muerte de uno de los cónyuges”; el artículo 151 agregó: “El divorcio no disuelve el matrimonio; pero suspende la vida en común”; y, en forma concordante, el artículo 68 había especificado: “El contrato de matrimonio es por su esencia y naturaleza, perpetuo e indisoluble, y no puede contraerse sino entre dos: un solo hombre y una sola mujer”.

212. El ordinal noveno del artículo 114 del Código Civil también exigió se presentaran al Presidente del Concejo Municipal.

Todos los demás documentos que, según los casos, puedan ser necesarios para comprobar la libertad y capacidad de los esposos y su condición de familia.

213. El Licenciado **Luis Sanojo** comentó el inciso noveno del artículo 111 del Código Civil del **veinte de febrero de 1873**, redactado en términos similares, de la manera siguiente:

El último de los documentos que acabamos de mencionar está expresado en una forma vaga, dejando al buen juicio del respectivo funcionario el determinar cuál sea el que debe exigir, además de los otros, llegado el caso. Así, cuando este funcionario tenga motivos para creer que alguno de los contrayentes es casado, podrá exigirle que le presente una comprobación de su estado de soltería o viudez. Del mismo modo, si juzga con fundamento que uno de los esposos es vecino de un lugar distinto del que va a celebrarse el matrimonio, y en el cual no se ha hecho la publicación por carteles, según lo previene el artículo 93, y sostiene el mismo esposo que es vecino del lugar de la celebración deberá exigirle prueba de ello. Puede suceder que uno de los contrayentes sea hijo adoptivo de alguna persona cuyo consentimiento sea necesario y lo niegue; en tal caso el funcionario, si tiene noticia de aquél hecho, debe exigir la prueba de su inexistencia. De esta manera pueden ocurrir otros casos en que es menester presentar documentos, no expresamente indicados por la ley, y en que o lo mismo se haya de aplicar el número 9º del artículo 111.¹⁷⁹

214. El Legislador de 1880 eliminó la segunda frase del artículo 124 del Código anterior; pero la reprodujo en el artículo 153 que dispuso:

Si a pesar de la justificación exigida por el artículo 127 resultare que el extranjero es casado, sufrirán éste y los testigos, por el fraude cometido, cinco años de presidio, o de prisión en una penitenciaría; y todos de mancomún *et in solidum*, quedan obligados a satisfacer los daños y perjuicios que se hayan ocasionado, y a pagar una multa

¹⁷⁹ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 137, pp. 153-154.

en beneficio del cónyuge inocente, la cual nunca podrá ser menor de cinco mil venezolanos.

215. Con relación a un precepto similar del Código Civil del **dieciséis de mayo de 1896** el doctor **Aníbal Dominici**, comentó:

El cónyuge y los testigos se hacen acreedores a las penas predichas cuando procedieron con dolo, esto es, a sabiendas de que el matrimonio estaba prohibido por existir un matrimonio anterior no disuelto legalmente, y entonces es necesario abrir el correspondiente juicio criminal por el Juez competente como en los casos de falsedad.¹⁸⁰

216. No obstante, en caso de anulación del matrimonio es necesario tener en cuenta la eventual aplicación del artículo 140 del Código Civil, que previno:

El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea anulado, producirá todos los efectos civiles, así en favor del cónyuge como de sus hijos, aún nacidos antes del matrimonio, siempre que hayan sido reconocidos antes de la anulación.

Si hubo buena fe de parte de uno sólo de los cónyuges, surte únicamente efectos civiles respecto de él y de los hijos, pero deja de producir efectos civiles desde que falte la buena fe en ambos cónyuges. La buena fe se presume, si no consta lo contrario.

217. En lugar la segunda frase del artículo 124 del Código Civil de 1873, el Legislador de 1880 incluyó la siguiente disposición:

Finalmente debe comprobar, con certificación del respectivo agente diplomático o consular, o con certificación legalizada de cualquiera autoridad competente de su país que, según la ley de que depende, no hay obstáculo para el matrimonio proyectado.

218. El precepto se inspira en el artículo 103 del Código Civil italiano de 1865,¹⁸¹ que también había sido tomado en cuenta en un precepto similar del

¹⁸⁰ **Aníbal Dominici. Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)**, Tomo I, Caracas, 1897, p. 222.

¹⁸¹ El artículo 103 del Código Civil italiano dispuso: “El extranjero que quiera contraer matrimonio en el reino, debe presentar al encargado del Registro civil una declaración de la autoridad competente del país a que pertenezca, en la que conste que, según las leyes a que está sometido, no se pone obstáculo alguno al matrimonio proyectado”.

Proyecto de Código Civil venezolano de 1869.¹⁸² Sin embargo, la aplicación práctica del precepto, si la tuvo, fue muy efímera por cuanto la Alta Corte Federal declaró su inconstitucionalidad en sentencia del **trece de junio de 1882**.¹⁸³

219. **La forma extrínseca del matrimonio celebrado en el extranjero** fue regulada en la misma Sección Séptima del Título Cuarto, Libro Primero, del Código Civil del **diez de diciembre de 1880**.

220. El artículo 124 dispuso:

El matrimonio celebrado en país extranjero entre venezolanos, o entre venezolanos y extranjeros, con las formalidades establecidas por las leyes del país en que se celebre, o por las leyes venezolanas, producirá en Venezuela los mismos efectos civiles que si se hubiera celebrado en territorio venezolano.

221. El precepto repitió textualmente el artículo 121 del Código Civil del **veinte de febrero de 1873**; y también reprodujo la solución alternativa consagrada en términos generales por el artículo noveno para regular la validez formal de los actos entre vivos y de última voluntad. Sin embargo, se abstuvo de repetir su segundo párrafo que exigió el cumplimiento de la forma especial exigida por la ley venezolana; y por este motivo parece razonable afirmar que no tenía aplicación en el caso de matrimonio concluido fuera del territorio de la República.

222. Ahora bien, como ocurrió bajo el imperio del Código anterior, durante la vigencia del Código Civil del **diez de diciembre de 1880** no existieron funcionarios venezolanos en el extranjero facultados para presenciar matrimonios; y, por tanto, resultó imposible utilizar la posibilidad de casarse válidamente fuera de la República cumpliendo las formas establecidas en la ley de Venezuela.

223. Así fue destacado por el doctor **Pedro J. Saavedra**, con el carácter de Ministro de Relaciones Exteriores, en la Memoria que presentó al Congreso

¹⁸² Su artículo 119 prescribió: “El extranjero, aun nacionalizado, que no tenga cinco años de residencia en el país y quiera contraer matrimonio en él, deberá presentar al funcionario que ha de presenciarlo una certificación de la autoridad competente del país de su último domicilio, debidamente legalizada, de la que conste que puede contraer matrimonio” (**Gonzalo Parra-Aranguren**. *Prueba de la capacidad matrimonial del extranjero en Venezuela*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1965, número 1, pp. 118-165; reproducido en *Monografías Selectas de Derecho Internacional Privado*, Caracas, 1984, Italgráfica, pp. 499-531).

¹⁸³ Véase la Sección XI de este trabajo.

el **veinte de febrero de 1881**. En esa oportunidad formuló los siguientes comentarios:

Sin hablar de otras legislaciones, la reciente de Venezuela, artículo 121 del Código Civil, declara que el matrimonio celebrado en país extranjero entre venezolanos o entre venezolanos y extranjeros, con las formalidades establecidas por las leyes del país en que se celebre, o por las leyes venezolanas, producirá en Venezuela los mismos efectos civiles que si se hubiere celebrado en territorio venezolano. Lo primero es dar valor al matrimonio arreglado a las leyes locales; subsidiariamente se atribuye la misma fuerza al matrimonio hecho conforme a las leyes de Venezuela. Más ello presupone alguna autorización a los Agentes Diplomáticos o Consulares de la República para suplir las veces de los Presidentes de los Concejos Municipales acompañados del Secretario de ellos, a quienes corresponde entre nosotros esta facultad; así como para lo relativo a la intervención de los jueces de Parroquia, publicación de proclamas, etc. Y, como hasta ahora no se ha expedido tal Ley complementaria, no ha surtido la primera efecto alguno; de donde resulta que, de hecho, sólo queda a los venezolanos ausentes el primer recurso.¹⁸⁴

224. Al comentar precepto idéntico del Código Civil del **diecinueve de mayo de 1896** el doctor **Aníbal Dominici** se limitó a afirmar que también será válido el matrimonio “que en conformidad con las leyes venezolanas fuere celebrado ante el Cónsul Agente Diplomático de la República”,¹⁸⁵ y con relación al mismo artículo, el doctor **Lorenzo Herrera Mendoza** hizo los siguientes comentarios:

como las facultades de los Ministros Diplomáticos y de los Cónsules se limitan a las inherentes a su cargo oficial y a las impretermitibles para el desempeño de sus funciones, para que tuvieran la competencia necesaria para celebrar matrimonios sería indispensable que una ley especial les diera su autorización para sustituirse, en país extranjero, en el lugar de los Jueces de Parroquia y en el

¹⁸⁴ **Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores. 1881. Exposición Preliminar**, pp. XIII-XIV. Los comentarios son al Código Civil del **diez de diciembre de 1880**, que reprodujo el artículo 121 del Código Civil de 1873.

¹⁸⁵ **Aníbal Dominici. Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)**, Tomo I, Caracas, 1897, p. 185.

de los Presidentes de los Concejos Municipales, que, como hemos visto, son los funcionarios competentes, según nuestras leyes, para la publicación y para la celebración de los matrimonios. Como hasta la fecha no ha sido dictada esa ley, en lo relativo al matrimonio, Venezuela no tiene a este respecto empleados competentes en países extranjeros, y por lo tanto, los venezolanos y los extranjeros domiciliados en Venezuela, ausentes de la República, no pueden casarse válidamente sino de acuerdo con las leyes del país en que el acto se celebre.¹⁸⁶

225. A este respecto el doctor **Francisco Gerardo Yanes** se limitó a observar que a los funcionarios venezolanos en el extranjero no les está atribuida la competencia indispensable; y también con relación a idéntico precepto del Código Civil del **nueve de abril de 1904**, **Ramón Altuve** destacó que, de acuerdo con su redacción,

podría deducirse que los venezolanos pueden contraer matrimonio en país extranjero, de conformidad con nuestras leyes, siempre que el acto tenga lugar ante el Ministro o Cónsul de Venezuela; pero como estos empleados tienen limitadas sus atribuciones a lo estrictamente necesario para el desempeño de su cargo, y entre esas atribuciones no figura la de celebrar matrimonio, creemos que los venezolanos no pueden contraer matrimonio válido en país extranjero, sino de conformidad con las leyes locales.¹⁸⁷

226. Por otra parte, en virtud de la competencia reconocida a la ley extranjera del lugar de celebración en el primer párrafo del artículo noveno del Código Civil de 1873, **Luis Sanojo** explicó que

la prueba del matrimonio cuando se haya celebrado con arreglo a las leyes del lugar, será la que se exija por las mismas. Así es que,

¹⁸⁶ **Lorenzo Herrera Mendoza**. *Autoridad Extraterritorial de las Leyes sobre el Matrimonio* (Tesis de Opción al Doctorado en Ciencias Política), *Anales de la Universidad Central de Venezuela*, Año II, Tomo III, Números II y IV, julio-diciembre de 1902, p. 499.

¹⁸⁷ **Ramón Altuve**. *El matrimonio en el Derecho Internacional Privado*, Mérida, Venezuela, 1912, p. 58. Los autores venezolanos de épocas posteriores coinciden en la imposibilidad de contraer matrimonio válidamente en el extranjero de conformidad con la ley venezolana, debido a la ausencia de funcionario competente para autorizarlo (**Gonzalo Parra-Aranguren**. *La celebración del matrimonio conforme al Derecho internacional privado venezolano*, *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, 1981, número 144, pp. 11-1116; reproducido en *Monografías Selectas de Derecho Internacional Privado*, Caracas, 1984, Italgráfica, pp. 452-458).

si por ejemplo, por esas leyes bastan la prueba testimonial y la posesión de estado, tal prueba deberá considerarse como suficiente en Venezuela.¹⁸⁸

227. En términos más generales **Luis Sanojo** advirtió sobre el particular:

Nada dice expresamente el código sobre los actos del estado civil de los venezolanos ocurridos en el extranjero, excepto lo que trae el artículo 123 respecto de los matrimonios, porque creyó suficiente lo que trae el artículo nono... Así, pues, los actos del estado civil en país extranjero se comprobarán de la manera que exigen las leyes de aquél país. Por consiguiente, si el matrimonio, el nacimiento y la muerte pueden probarse según esas leyes por medio de testigos con independencia de todo registro, tal prueba tendrá fuerza y valor en Venezuela, respecto de los actos del estado civil verificados en aquél país. Y si allí se exige la inscripción de los registros creemos aplicable en la República el artículo 403, para el caso de que allá no se hayan llevado los registros y que éstos se hayan destruido en todo o en parte.¹⁸⁹

228. De manera similar, el doctor **Lorenzo Herrera Mendoza**, en comentarios al Código Civil de 1896, explicó que

el matrimonio de venezolanos en el extranjero se registrará en cuanto a las formas de publicación, celebración y medios probatorios por la ley del país en que se haya celebrado, y si en ese país no existe otro matrimonio que el religioso, subsiste el mismo principio; la unión celebrada de acuerdo con los ritos de la iglesia católica, protestante, ortodoxa, o cualquiera otra, debe declararse legítimo en Venezuela.¹⁹⁰

¹⁸⁸ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 143, p. 161.

¹⁸⁹ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, número 326, pp. 326-327. El artículo 403 del Código Civil de 1873 dispuso: "Si no se han llevado los registros o se han destruido o perdido en todo o en parte, o si ha habido interrupción en el asiento de los registros, podrán probarse los nacimientos, matrimonios y defunciones con cualquier otra especie de prueba legal. Si la falta o destrucción, la inutilización o interrupción hubieren tenido lugar por dolo del requirente, no se le admitirá la prueba autorizada por este artículo".

¹⁹⁰ **Lorenzo Herrera Mendoza**, *Autoridad Extraterritorial de las Leyes sobre el Matrimonio*, *Anales de la Universidad Central de Venezuela*, Año III, Caracas, 1902, p. 487.

229. No obstante agregó la siguiente advertencia:

Por los términos que usa nuestra ley (siguiendo las formalidades), es posible que alguien pensase que ella no abarca los matrimonios solo consenso, es decir, los contraídos sin ninguna formalidad civil o religiosa, y que en Venezuela no producen ningún efecto civil, porque el matrimonio sin celebración solemne es inexistente. De esa interpretación *ad pedem literae* del artículo 119 podrían resultar innumerables conflictos ... si el artículo 119 enuncia la formalidad en la celebración, no es para exigir la solemnidad como condición esencial, sino porque nuestro Legislador *supuso* que en todos los países había alguna formalidad civil o religiosa, pasando por alto el contrato consensual de los americanos.¹⁹¹

230. En el caso de matrimonios contraídos fuera de la República el artículo 126 del Código Civil del **diez de diciembre de 1880** exigió el cumplimiento de una formalidad adicional, en términos similares a los contemplados en el artículo 123 del Código anterior. En consecuencia, dispuso:

Cuando el matrimonio se hubiere celebrado en país extranjero entre venezolanos o entre venezolanos y extranjeros, deberán los contrayentes presentar, dentro de seis meses de su regreso a Venezuela, al Juez de Primera Instancia del lugar de su residencia, copia legalizada del acta de la celebración del matrimonio, a fin de que este funcionario, caso de encontrarla en debida forma, la remita al Presidente del Concejo Municipal para ser archivada, sacando antes copias certificadas que remitirá a la Primera Autoridad Civil de las respectivas parroquias, para que las inserten en los registros.

231. En comentarios a un precepto similar, el artículo 121 del Código de 1896, el doctor **Aníbal Dominici** explica que

El Juez de Primera Instancia deberá examinar si el matrimonio se verificó según las leyes venezolanas o a las leyes extranjeras en cuya jurisdicción se efectuó, y si aquéllas o éstas fueron debidamente cumplidas respecto a las formas, sin entrar en ninguna otra

¹⁹¹ **Lorenzo Herrera Mendoza**, *Autoridad Extraterritorial de las Leyes sobre el Matrimonio*, **Anales de la Universidad Central de Venezuela**, Año III, Caracas, 1902, pp. 490-492.

averiguación, pues toca a los interesados reclamar contra las nulidades que resulten de otras infracciones legales.¹⁹²

232. Con relación al ámbito de vigencia del precepto, *ratione personae*, son aplicables los comentarios del Licenciado **Luis Sanojo** a la disposición similar del Código anterior, cuando sostuvo:

Si una venezolana se casare con un extranjero en el país de éste y si por sus leyes adquiere la nacionalidad del marido por el hecho del matrimonio, no es aplicable la disposición porque se reputa extranjera según el artículo 19.¹⁹³

233. Por otra parte **Luis Sanojo** advirtió:

No obstante que hayan transcurrido los seis meses dados para la transcripción del acta sin habérsela verificado, podrá hacérsela después, pero para ello es menester que recaiga una sentencia dictada por el tribunal respectivo en un juicio sobre rectificación del acta de matrimonio con arreglo a lo dispuesto en los artículos 428, 429 y 430, porque después de aquel tiempo la transcripción es una verdadera rectificación de aquella acta.¹⁹⁴

234. **Luis Sanojo** también afirmó que

La omisión de la formalidad de la transcripción en el tiempo fijado por la ley, en manera alguna anula el matrimonio ni priva a los cónyuges, ni a sus hijos de ninguno de los efectos civiles. No hay disposición legal que dé un efecto tan severo a aquella falta, ni de su naturaleza tampoco puede deducirse. Indudablemente que los que han dejado de cumplir aquella prescripción están en el caso de comprobar legalmente que en efecto contrajeron matrimonio, siempre que tengan que ocurrir a la autoridad pública en demanda de protección para alguno de los derechos inherentes al estado que se atribuyen; pero hasta ahí no más llegarán los efectos de su omisión. Con

¹⁹² **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, p. 188. La única diferencia consiste en haber agregado la frase “o del documento que haga sus veces” que, al decir de **Aníbal Dominici**, pretende tener en cuenta los países donde “sólo se observa el matrimonio religioso”.

¹⁹³ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 143, pp. 161-162.

¹⁹⁴ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 144, p. 162.

todo, si tales derechos han de obrar contra terceros, y los cónyuges han tenido en reserva su matrimonio, la ignorancia de aquellos es suficiente para que puedan rechazar las pretensiones de éstos. Tal procedimiento entraña dolo, o por lo menos negligencia, y es sabido que a nadie aprovecha el que él mismo cometa.¹⁹⁵

235. En el mismo sentido **Aníbal Dominici** comenta:

El deber que impone nuestro artículo se ha de cumplir cuando el venezolano regresa a la República, y no establece sanción alguna, por manera que si se omite aquella formalidad no por eso es nulo el matrimonio, ni dejan de ser legítimos los hijos. La presentación y el registro antedichos son útiles en el sentido de que facilitarán en todo tiempo la comprobación del matrimonio hecho en el extranjero.¹⁹⁶

236. Por otra parte, la ley aplicable a la capacidad matrimonial de los venezolanos en el exterior fue reiterada en el artículo 125 del Código Civil de 1880 que reprodujo el artículo 122 del Código anterior. En consecuencia se dispuso:

Si el venezolano o venezolana contrae matrimonio en país extranjero, contraviniendo de algún modo a las leyes venezolanas, la contravención producirá en Venezuela los mismos efectos que si se hubiere cometido en ella.

237. La disposición constituye una aplicación concreta del mandato contenido en el artículo séptimo, que ordena aplicar las leyes venezolanas a los venezolanos aunque residan o tengan domicilio en país extranjero. De esta manera, según indica el Licenciado **Luis Sanojo**:

en cuanto a impedimentos, deben seguirse las (leyes) de la República, siendo nulo el contraído con alguno que por ellas sea dirimente y quedando sujeto a la respectiva pena el que se haya casado, no obstante tener algún impedimento impediendo según nuestras propias leyes.¹⁹⁷

238. A título simplemente informativo es de advertir que el Legislador de 1880, como lo había hecho el Código Civil de 1873, tuvo en cuenta la cele-

¹⁹⁵ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 144, p. 162.

¹⁹⁶ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, p. 188.

¹⁹⁷ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo I, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, Número 143, p. 160.

bración del matrimonio en el extranjero para regular las sanciones derivadas de la infracción de los preceptos a cumplirse por los contrayentes. En efecto, el artículo 89 requirió el consentimiento del tutor, y de no existir, la autorización del Juez del domicilio del menor; pero su violación no constituyó causa de anulación del matrimonio, según el artículo 144. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 146 fueron autorizados a solicitar la pena de prisión en él establecida, los ascendientes, el adoptante o el tutor cuyo consentimiento era necesario y el Síndico Procurador Municipal cuando era el Juez quien debía prestarlo. De inmediato en el segundo párrafo especificó:

Si éste se celebró en país extranjero, el tiempo no empezará a correr antes de que regrese al país el contrayente.

IX. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO SOBRE MATERIAS DIVERSAS:

(a) Testamentos otorgados por militares.

239. El Código de 1880 no exige expresamente que el testador conozca el idioma castellano, pero podría considerarse requisito necesario en el caso de testamento abierto, nuncupativo o público, porque de acuerdo con el primer párrafo del artículo 727 “el testador declarará ante el Registrador y testigos su voluntad, que será reducida a escrito bajo la dirección del Registrador cuando éste concurra al acto, si no la hubiere presentado ya redactada el otorgante”.

240. El artículo 749 del Código Civil expresamente sometió a las formalidades establecidas en los artículos 746 y 747 el testamento de quienes

están en expedición militar por causa de guerra, así en país extranjero, como en el interior de la República, o en cuartel y guarnición fuera de la República, o prisioneros en poder del enemigo, o en una plaza o fortaleza sitiada por el enemigo, o en otros lugares en que las comunicaciones estén interceptadas.

241. Un precepto similar del Código Civil de 1896 (artículo 770) es comentado por el doctor **Aníbal Dominici** en los siguientes términos:

Según esta disposición, el venezolano sobredicho que se halla prisionero en poder del enemigo, puede testar ante un Jefe, Oficial, médico o capellán extranjero, en los mismos casos en que podrían hacerlo ante jefes o funcionarios venezolanos, y el acto testamentario valdrá aunque no haya sido enviado al cuartel general

de la división a que pertenecía el testador. No hay otra interpretación posible.¹⁹⁸

242. Asimismo el doctor **Aníbal Dominici** explica:

Rectamente entendidas, las palabras *en poder del enemigo* nos inducen a creer que se trata de guerra extranjera, en la que el beligerante contrario se califica de *enemigo*. Pero, nos parece que la disposición puede aplicarse igualmente al caso de guerra civil, y que sería válido el testamento hecho por el venezolano prisionero en poder de las fuerzas militares combatientes. Es conforme a la mente de la Ley y a los principios de equidad.¹⁹⁹

243. Ahora bien el artículo 746 había establecido las siguientes formalidades:

El testamento de los militares y de las personas empleadas en el ejército, puede ser recibido por un jefe de batallón, o por cualquiera otro oficial de grado igual o superior, o por un auditor de guerra, o un comisario de guerra en presencia de dos testigos varones y mayores de edad: el testamento será reducido a escrito y firmado por el que lo reciba y si fuere posible, por el testador y los testigos, expresándose, caso que éstos no lo hagan, el motivo que lo ha impedido. El testamento de militares pertenecientes a cuerpos o puestos destacados del ejército, puede también ser recibido por el capitán o por cualquiera otro oficial subalterno que tenga el mando del destacamento.

244. De inmediato agregó el artículo 747:

Si el testador se halla enfermo o herido, el testamento puede también ser recibido por el capellán o médico cirujano de servicio, en presencia de dos testigos, de la manera establecida en el artículo precedente.

245. Seguidamente dispuso el artículo 748:

Los testamentos de que hablan los dos artículos anteriores deben ser transmitidos, a la mayor brevedad, al cuartel general, y por éste al Ministerio de la Guerra, quien ordenará su depósito en la oficina

¹⁹⁸ Aníbal Dominici. Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896), Tomo II, p. 108.

¹⁹⁹ Aníbal Dominici. Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896), Tomo II, pp. 108-109.

de Registro del lugar del domicilio o de la última residencia del testador, dejándose copia certificada, así en el cuartel general como en el Ministerio de la Guerra.

246. Con relación a un precepto similar del Código de 1896 (artículo 769) el doctor **Aníbal Dominici** formula las siguientes observaciones:

no dice en qué orden se verifica la transmisión. Colegimos que el Jefe o funcionario que reciba el testamento lo dirigirá a su inmediato superior, y éste lo remitirá al Jefe del cuerpo o División de quien depende, por conducto del Jefe de Estado Mayor, que es el órgano del Cuartel General, bien que si lo hiciera directamente a esta oficina no faltaría en nada a la presente disposición que no determina el modo de proceder.²⁰⁰

247. Asimismo agrega:

A la mayor brevedad, dice el artículo; lo cual debe entenderse tan luego como lo permitan las operaciones militares y la seguridad de las comunicaciones. Se previene que el Ministerio de Guerra debe ordenar el depósito del testamento en la oficina de Registro del último domicilio o residencia del testador, pero esto no impone al Ministerio mencionado el deber de efectuar directamente la remisión, que con más regularidad hará por medio del Ministro de Relaciones Interiores.²⁰¹

248. De inmediato **Aníbal Dominici** se refiere a sus comentarios al artículo 765 donde había indicado:

El objeto de esta disposición es que el testamento llegue a la Oficina de Registro del último domicilio o residencia del testador, para que allí sea conocido de los interesados. Aunque no lo dice el artículo, es natural suponer que el Ministerio de Marina, o sea el Ministerio de Guerra y Marina, remitirá el documento al de Relaciones Interiores, y éste al Presidente de Estado respectivo, para que por conducto de este funcionario vaya a manos de la primera autoridad civil del Distrito, que lo entregará al Registrador.²⁰²

²⁰⁰ **Aníbal Dominici**. Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896), Tomo II, p. 107.

²⁰¹ **Aníbal Dominici**. Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896), Tomo II, pp. 107-108.

²⁰² **Aníbal Dominici**. Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896), Tomo II, p. 104.

249. **Aníbal Dominici** también explicó:

La mayor dificultad puede ocurrir en este caso, es cuando se ignore cuál fue el lugar del último domicilio o residencia del testador. El Ministerio de Guerra y Marina puede comunicar entonces el asunto al Ministerio de Relaciones Interiores, a fin de que éste haga publicar la noticia en los periódicos oficiales u otros de circulación en el país.²⁰³

250. Finalmente el artículo 744 del Código Civil previno:

El testamento de los militares hecho según los artículos anteriores caducará dos meses después de la vuelta del testador a un lugar donde pueda hacer un testamento en las formas ordinarias.

251. Con relación a la limitación establecida a un precepto similar del Código de 1896 **Aníbal Dominici** comentó:

No sólo cuando haya vuelto a un lugar donde pueda hacer testamento, sino cuando en general hayan cesado los motivos que impedían hacer el testamento. Por ejemplo: si se suspendió el asalto de la plaza y se han restablecido las autoridades en su ejercicio. Como los testamentos de este género están exonerados por la ley de muchas formalidades intrínsecas, en consideración a las circunstancias excepcionales en que se hacen habría sido indiscreto dejarlos subsistir indefinidamente, y por eso se ha reducido el tiempo de su validez.²⁰⁴

(b) Hipoteca judicial en virtud de sentencias extranjeras.

252. De acuerdo con el artículo 1818 del Código Civil

Las sentencias pronunciadas por autoridades judiciales extranjeras no producirán hipoteca sobre los bienes situados en la República, sino desde que las autoridades judiciales de ésta hayan decretado su ejecución, salvo las disposiciones contrarias que contengan los tratados internacionales.

253. El legislador se limitó a reproducir el precepto del Código anterior que, a su vez, repetía textualmente el artículo 1973 del Código Civil italiano;

²⁰³ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo II, pp. 104-105.

²⁰⁴ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo II, p. 109.

solución también consagrada en el cuarto párrafo del artículo 2123 del Código Civil francés, aun cuando éste último hizo una salvedad respecto a “las disposiciones contrarias que contengan las leyes políticas”.

254. Los comentaristas patrios no lo mencionan expresamente; pero la referencia a los tratados internacionales carecía de importancia práctica en la época porque Venezuela no había concluido tratado sobre la materia con ningún Estado.

255. Con relación al artículo 1818, el Licenciado **Luis Sanojo** se limitó a explicar:

Las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros no tienen ninguna fuerza ni efecto en Venezuela, mientras la Alta Corte Federal, que es el tribunal competente para el caso, no las haya declarado con fuerza ejecutoria, y como uno de los efectos de las sentencias es producir la hipoteca judicial, es claro, que esto no tendrá lugar, mientras no se haya llenado aquél requisito.²⁰⁵

256. En el mismo sentido **Aníbal Dominici** comenta el artículo 1858 del Código Civil de **diecinueve de mayo de 1896** que reprodujo el precepto de 1880; tan sólo indicó que, una vez obtenido el pase de la Alta Corte Federal,

se necesita que los jueces a quienes toca la ejecución manden cumplir la sentencia extranjera, para que pueda el acreedor promover la constitución de la *hipoteca judicial* sobre bienes situados en la República, suponiendo que se halle en alguno de los casos legales. La ley deja a salvo en esta materia lo que se estatuya por Tratados internacionales, porque con tal que no infrinja sus leyes internas, la República puede estipular con las Naciones amigas los modos de proceder en esta clase de asuntos.²⁰⁶

(c) Registro de sentencias y actos ejecutados en el extranjero.

257. El artículo 1851 del Código Civil dispuso:

Los documentos privados no pueden ser registrados si las firmas de los contratantes o de aquél contra quien obran no han sido autenticadas.

²⁰⁵ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo IV, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, número 305, p. 332.

²⁰⁶ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo IV, Caracas, 1897, pp. 322-323.

Las sentencias y los actos ejecutados en país extranjero deben ser debidamente legalizados.

258. El legislador de 1880 se limitó a reproducir sustancialmente el artículo 1851 del Código anterior. Sin embargo, en el primer párrafo agregó al caso “de aquél contra quien obran”, hipótesis en la cual también exigió su previa autenticación; y en el segundo párrafo en lugar de “actos celebrados” se refirió a “actos ejecutados”.

259. No obstante son válidos los comentarios del Licenciado **Luis Sanojo** al artículo 1851 del Código Civil de 1873 cuando indicó:

Los documentos otorgados en país extranjero deben venir con la firma autenticada por ante los funcionarios competentes para ello, según las leyes del país del otorgamiento, o por ante el funcionario de la República que por nuestras leyes tenga facultad para intervenir en tales actos, y la firma y carácter del funcionario extranjero cuya presencia haya dado autenticidad a la del otorgante, han de estar legalizados o testificados, en último resultado por lo menos, por el Ministro o Cónsul de la República en el respectivo país o por el de una nación amiga.²⁰⁷

260. Un precepto sustancialmente idéntico (artículo 1891) del Código del **diecinueve de mayo de 1896** fue comentado por el doctor **Aníbal Dominici** en los términos siguientes:

Los actos y sentencias extranjeras deben ser legalizados por los Agentes diplomáticos o consulares de la República en el país donde fueron expedidos, y con esa legalización pueden registrarse en la oficina correspondiente, a la presentación de cualquier interesado, sin más requisitos. Las sentencias o actos de autoridades nacionales no necesitan de legalización para ser protocolizados en las Oficinas de Registro. Son auténticos siempre que consten en la forma legal.²⁰⁸

261. A este respecto es de recordar que el muy reputado Diccionario de **Joaquín Escriche** explica que “legalización” es

La declaración que un oficial público da por escrito al pie de un instrumento atestando la veracidad de las firmas puestas en él, así

²⁰⁷ **Luis Sanojo**. *Instituciones de Derecho Civil venezolano*, Tomo IV, Caracas, Imprenta Nacional, 1873, número 352, p. 381.

²⁰⁸ **Aníbal Dominici**. *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo IV, Caracas, 1897, p. 354.

como las calidades de las personas que le han hecho y autorizado, para que se le dé crédito en todas partes.²⁰⁹

XI. LA SENTENCIA DE LA ALTA CORTE FEDERAL DEL TRECE DE JUNIO DE 1882

262. Con fecha **cinco de octubre de 1881** el Juez de Primera Instancia del Segundo Circuito Judicial de la Sección Barcelona se dirigió al Presidente Provisional del Estado Bermúdez, donde se encontraba su Circunscripción Judicial, para informarle:

El súbdito italiano Pinoni Pietro, residente en esta ciudad, se ha presentado a este Juzgado haciendo la manifestación de que desea contraer matrimonio con una señorita venezolana; pero que, en su carácter de extranjero, tiene que dar cumplimiento al artículo 127 del Código Civil. Este Juzgado cree que este asunto debe ser del resorte del ciudadano Ministro de Relaciones Exteriores, para que este Alto Magistrado se entienda a su vez con el señor Agente Diplomático o Consular de Italia en Venezuela, y pueda así adquirir el contrayente Pinoni Pietro el documento o certificación que necesita. Este individuo ha hecho presente que está dispuesto a consignar en este Tribunal el gasto que ocasione esta diligencia, para hacerla llegar a su destino. Además ha dado las siguientes explicaciones para facilitar el despacho de su asunto: “Pinoni Pietro, hijo legítimo de Pinoni Giovanni y de Pinferite Grazia, difunta, natural de San Balsano, Provincia de Cremona, Distrito de Jeresina, Partida de San Balsano i Givino, 7 Genajo 1877”. Vino o arribó a Puerto Cabello el 10 de marzo de 1877, proveniente de Marsella. Tengo, pues, el honor de dirigirme a U., para que, como digno órgano del Ciudadano Ministro de Relaciones Exteriores, se sirva darle traslado de esta nota, con el fin de obtener el certificado que solicita el ciudadano italiano Pinoni Pietro.

263. El planteamiento fue transmitido el **trece de octubre de 1881** por el Presidente del Estado Bermúdez, **Antonio Russián**, al Ministerio de Relaciones Exteriores “a los fines que juzgue convenientes”.²¹⁰

²⁰⁹ **Joaquín Escriche. Diccionario Razonado de Legislación y de Jurisprudencia**, Nueva Edición Reformada y Considerablemente aumentada por los Doctores D. José Vicente Caravantes y D. León Galindo y De Vera. Tomo Tercero. Madrid. Imprenta de Eduardo Cuesta, Rollo, 6, bajo, 1875, p. 863.

²¹⁰ **Rafael Fernando Seijas. El Derecho Internacional Hispano-Americano (Público y Privado)**, Tomo I, Caracas, Imprenta de El Monitor, 1884, pp. 305-306.

264. El Ministerio de Relaciones Exteriores, a cargo de **Rafael Seijas**, respondió cinco semanas más tarde, el **veintitrés de noviembre de 1881**, en los términos siguientes:

Mientras permanecen en el país, los extranjeros gozan de la protección depositada en los Tribunales en cambio del deber que les incumbe de respetar las leyes del Estado en cuyo territorio entran. El Ejecutivo, a nombre de la Nación de que es Representante para con los extranjeros, protege a los ciudadanos residentes en ella, según la norma del Derecho de Gentes, contra las injusticias de que hayan sido víctimas. Pero tomar parte en las diligencias que un extraño debe cumplir con el objeto de contraer matrimonio, sería convertirse en agente suyo; lo cual no tiene ningún apoyo en el Derecho ni en la práctica de los Estados. Por otra parte, conforme al artículo 127 del Código Civil, toca al extranjero que trata de casarse, comprobar que las leyes de su patria no se oponen al matrimonio proyectado, y eso ante el respectivo Juez de 1ª Instancia. El Ministerio de Relaciones Exteriores no tiene ningún papel en tales asuntos.²¹¹

265. Sin embargo el planteamiento tuvo proyecciones ulteriores. En efecto, el **dos de junio de 1882** el Ministro de Relaciones Exteriores, **Ezequiel María González**, mediante oficio número 201 de la Dirección Administrativa, se dirigió al ciudadano Presidente de la Alta Corte Federal para hacerle las siguientes consideraciones:

En un país tan escaso de población como Venezuela, que necesita asimilarse el elemento extranjero y abrirle ancha puerta, según lo ha hecho hasta hoy, desdice del espíritu de la legislación adoptada con ese fin, y está produciendo repetidos inconvenientes, el requisito adicional puesto en la reforma del Código civil para el matrimonio de los extranjeros.

Se les exige allí que comprueben con certificación del respectivo agente diplomático o consular, o con certificación legalizada de cualquier autoridad competente de su país, que conforme a la ley de que dependen no hay obstáculo para el matrimonio proyectado.

²¹¹ **Rafael Fernando Seijas. El Derecho Internacional Hispano-Americano (Público y Privado)**, Tomo I, Caracas, Imprenta de El Monitor, 1884, p. 306.

Sucede que los extranjeros, deseosos de casarse en Venezuela no pueden obtener tal certificado de los Agentes diplomáticos o consulares de su Nación, porque estos funcionarios carecen de facultad para expedirlos; y es probable que les sucedería lo mismo si fuese o enviase a su patria en demanda del documento requerido.²¹²

266. Por tanto, concluyó:

Resulta de ahí que se dificultan los matrimonios por haberse querido tener en cuenta para ellos la legislación de los Estados extranjeros.²¹³

267. Ahora bien, de acuerdo con el Ministerio de Relaciones Interiores el Código Civil del **diez de diciembre de 1880** ha desacatado la legislación venezolana en aspectos jurídicos fundamentales de la persona. En efecto, en su criterio

no tiene en cuenta la Constitución cuando declara venezolanos a todas las personas que hayan nacido o nacieran en el territorio de Venezuela, cualquiera que sea la nacionalidad de sus padres.²¹⁴

No tiene en cuenta la ley de naturalización de extranjeros, que la facilita cuanto es posible, exigiendo sólo la presencia del candidato en territorio de Venezuela y la solicitud de que se le conceda la ciudadanía.²¹⁵

No tiene en cuenta la ley de inmigración que no sólo la autoriza sino la promueve, costeanado el pasaje de los inmigrantes y proporcionándoles otras ventajas.²¹⁶

²¹² **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1883**, *Documentos*, Caracas, 1883, Documento número 8, p. 15.

²¹³ **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1883**, *Documentos*, Caracas, 1883, Documento número 8, p. 15.

²¹⁴ **Gonzalo Parra-Aranguren. La Nacionalidad Venezolana Originaria**. Tomo I, Caracas, 1964, Imprenta Universitaria, pp. 123-140.

²¹⁵ **Gonzalo Parra-Aranguren. La Ley de Naturalización de 1865 y la Constitución Federal de 1864, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello**, Caracas, 1972, Número 13, pp. 9-116; reproducido en **La Nacionalidad Venezolana. I: Antecedentes Históricos**, Caracas, 1983, pp. 313-404.

²¹⁶ **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1883**, *Documentos*, Caracas, 1883, Documento número 8, pp. 15-16. Con relación a este último aspecto: **Gonzalo Parra-Aranguren. La nacionalidad venezolana de los inmigrados en el siglo XIX, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello**, Caracas, 1969, Nº 7, pp. 27-128; reproducido en: **La Nacionalidad Venezolana. I: Antecedentes Históricos**, Caracas, 1983, Imprenta universitaria, pp. 443-534.

268. Con relación al artículo 127 del Código Civil, que exige prueba de la capacidad matrimonial de los extranjeros, el Ministerio de Relaciones Interiores hizo los siguientes comentarios de Derecho comparado:

En Francia, por circular del Ministro de Justicia de 4 de marzo de 1831 se recomendó a los empleados del estado civil que exigiesen a los extranjeros una certificación expedida por las autoridades de su país, y de la cual constase su aptitud para contraer matrimonio en Francia. Pero muchas naciones se negaban a expedir tales certificados a sus ciudadanos, con el fin de impedirles los matrimonios. La circular suscitó muchas dificultades. Los funcionarios extraños rehusaban expedir las certificaciones alegando que las leyes no les concedían facultad para hacerlo. También dio lugar a represalias en algunas partes, pidiéndose a los franceses en igual caso un certificado análogo, que los empleados de Francia no se creían con deber ni derecho de expedir. Los Jueces opinaron que la circular no tenía fuerza de ley y fue abrogada en 16 de febrero de 1855, declarándose que en Francia no podían exigirse sino las formalidades prescritas por la ley francesa.

En Prusia se estableció la misma obligación por ley de 31 de marzo de 1864; más puede dispensarse su cumplimiento en casos especiales por los Ministros de Justicia, de Cultos y de lo Interior. Una circular de ellos otorga esta dispensa a los súbditos británicos y a los ciudadanos anglo-americanos, porque ni unos ni otros tienen medios de conseguir semejantes certificados. Tampoco los franceses, desde 1858, necesitan autorización particular de las autoridades administrativas de su país para contraer matrimonio en Prusia, siendo que en general, según las leyes francesas, no es posible proporcionarse un certificado de ese género.

Aparece pues, que, hasta en grandes y populosas naciones, el establecimiento de tal requisito ha producido obstáculos que lo han hecho poner a un lado suprimiéndolo, o relajar con excepciones.²¹⁷

269. El Ministro de Relaciones Interiores también destacó que

la legislación de Venezuela, en punto de matrimonio va acorde con la de los países más civilizados.

²¹⁷ **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1883**, *Documentos*, Caracas, 1883, Documento número 8, p. 16.

Conviene igualmente recordar el principio de que en todas partes es válido el matrimonio contraído con las formalidades prescritas por la ley del lugar donde se celebra. Ese principio se reconoce allí por lo que toca al matrimonio de los venezolanos celebrado en país extranjero.²¹⁸

270. De inmediato hizo las siguientes observaciones:

El Código civil reformado, que contiene la disposición preinserta, es de 10 de diciembre de 1880, y se halla en el párrafo final del artículo 127. Ella es consiguiente al artículo 17 en que se había dicho: “los extranjeros gozan en Venezuela de los mismos derechos civiles que los venezolanos, con las excepciones establecidas o que se establezcan. Esto no impide la aplicación de las leyes extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas en los casos autorizados por el derecho internacional privado.”²¹⁹

271. Acto continuo el Ministro de Relaciones Interiores explicó las dificultades surgidas en la forma siguiente:

Si pudo entonces adoptarse tal cláusula, porque, con arreglo a la Constitución de 1874, vigente en diciembre de 1880, “la ley determinará los derechos que corresponden a la condición de extranjero”, hoy no es posible considerar válido lo dispuesto en el Código nuevo.

Con efecto, los artículos 10 y 11 de la Constitución de 27 de abril de 1881 dicen respectivamente: “Los extranjeros gozarán de los mismos derechos civiles que los venezolanos, y en sus personas y propiedades de la misma seguridad que los nacionales. Sólo podrán usar la vía diplomática según los tratados públicos y en los casos que el derecho lo permita”. “La ley determinará los derechos que corresponden a la condición de extranjeros según que éstos sean domiciliados o transeúntes.”²²⁰

²¹⁸ **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1883**, *Documentos*, Caracas, 1883, Documento número 8, p. 16.

²¹⁹ **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1883**, *Documentos*, Caracas, 1883, Documento número 8, p. 16.

²²⁰ **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1883**, *Documentos*, Caracas, 1883, Documento número 8, pp. 16-17.

272. Por tanto agregó las siguientes consideraciones:

Parangonando el Código y la actual Constitución, se halla que el primero restringe los derechos concedidos a los extranjeros y la segunda los amplía; que el primero establece excepciones y la segunda las suprime; que el primero admite la aplicación del estatuto personal del extranjero, y la segunda guarda silencio en este particular.

La Constitución está sobre todas las leyes, y por tanto, debería prevalecer en el contraste, cualquiera que fuese su fecha; pero, además, aun en igualdad de circunstancias, tendría que preferirse siendo posterior a la ley con que pugna.

Las leyes extranjeras no tienen efectos extra-territoriales sino por el consentimiento expreso o tácito de la Nación en que se trata de aplicarlas.

Ahora bien, declarar que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los venezolanos, es manifestar la voluntad de que se observen las leyes nacionales en vez de las que forman el estatuto personal de los extranjeros; y es principio incontrovertible que en semejante caso se anteponen las leyes nacionales a todas las otras.²²¹

273. Con vista de las razones expuestas el Ministerio de Relaciones Interiores explicó al Supremo Tribunal:

el Presidente de la República cree que hay colisión entre los artículos 17 y 127 del Código civil reformado y el artículo 10 de la Constitución vigente; y me ha encargado que lo exponga a la Alta Corte Federal y solicite que así lo declare ella en uso de sus facultades, para que los extranjeros dispuestos a casarse no tengan necesidad de presentar el certificado a que se refiere la última parte del artículo del Código civil de 1880.²²²

²²¹ **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1883**, *Documentos*, Caracas, 1883, Documento número 8, p. 17.

²²² **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1883**, *Documentos*, Caracas, 1883, Documento número 8, p. 17. Con relación a la petición de inconstitucionalidad propuesta a la Alta Corte Federal el doctor **Aníbal Dominici** refiere que “algunos interesados ocurrieron a la Alta Corte Federal” (**Aníbal Dominici. Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)**, Tomo I, Caracas, 1897, p. 190); y el doctor **Lorenzo Herrera Mendoza**, en su Tesis de Grado, explica que la derogatoria fue hecha “a solicitud de algunos interesados” (*Autoridad Extraterritorial de las Leyes sobre el Matrimonio, Anales de la Universidad Central de Venezuela*, Año III, Caracas, 1902, p. 502).

274. Una vez recibido el recurso, la Alta Corte Federal encomendó al Vocal **Jesús M. Sistiaga** la preparación del Informe sobre la colisión denunciada por el Ejecutivo Federal entre el artículo 10 de la Constitución y los artículos 17 y 127 del Código Civil del diez de diciembre de 1880.

275. En su Informe, el doctor **Jesús M. Sistiaga** encontró que “son muy poderosas las razones” fundamento de la denuncia presentada por el Ejecutivo Federal; y en forma previa advirtió:

Basta sólo la circunstancia de existir esa colisión entre una ley anterior y la Constitución de fecha posterior, que tiene el carácter de soberana sobre toda otra disposición legal, para que ella se declare existente.

276. De inmediato, el Magistrado informante hizo énfasis en las otras consideraciones expuestas por el Ministerio de Relaciones Interiores

que dan fuerza y vigor a lo dispuesto por la Constitución en punto a garantías para los extranjeros, y desvirtuando los prescripciones de los artículos citados del Código Civil, ponen de relieve las inconveniencias y perjuicios que ellas acarrearán en un país como el nuestro, que aspira por todos los medios posibles a aumentar su población, atrayendo a su suelo a los habitantes de todas las naciones.

277. A este respecto el Informe agregó las consideraciones siguientes:

Nuestros principios de Derecho internacional privado, que tienen hoy la sanción de todos los grandes publicistas de los países más civilizados, establecen de una manera incontrastable el derecho de nuestra soberanía para no aceptar en nuestro territorio las imposiciones de otros pueblos, sino solamente en el caso de que así convenga a nuestros intereses.

Es evidente en esta cuestión, que exigir a los extranjeros que quieran contraer matrimonio en Venezuela, certificaciones expedidas en sus respectivos países, para comprobar que, según sus leyes, pueden efectuarlo aquí, es hacer casi irrealizables sus pretensiones, pues son notorios los inconvenientes y aún la imposibilidad de obtener dichas certificaciones; estableciéndose, con tal procedimiento, un óbice para el desarrollo de nuestra población y para el fomento de las relaciones que debemos cultivar con todos los pueblos de la tierra.

No cabe en esta materia, ni la consideración de que sea conveniente a las partes obtener datos oficiales sobre las condiciones personales que alcancen en su patria, los que pretenden contraer matrimonio en la nuestra, pues el interés privado, que en este punto, como en cualquier otro, está sobre todos los intereses, queda en plena libertad para hacer todas las gestiones que a bien tenga, a fin de saber a qué atenerse en un asunto de tanta gravedad. Es, pues, natural y lógico, no exigir a los extranjeros en esta materia otras condiciones que las que se exigen a los venezolanos.

278. En consecuencia, de acuerdo con el Informe era

evidente que los artículos citados del Código Civil están en completo desacuerdo con la ley fundamental, puesto que exigen a los extranjeros que aspiren contraer matrimonio en Venezuela, condiciones que la letra y el espíritu de la Constitución rechazan, cuando declara que ellos tienen los mismos derechos que los venezolanos.

279. Por tanto, el del doctor **Jesús M. Sistiaga** sometió a la Alta Corte Federal un Proyecto de Acuerdo con la finalidad de declarar:

que habiendo colisión entre los artículos 17 y 127 del Código Civil, y el 10 de la Constitución Federal, quedan insubsistentes las disposiciones de dichos artículos del Código, por hallarse en evidente contradicción con la Constitución, que debe prevalecer como ley soberana.

280. El Proyecto fue adoptado once días después de la solicitud del Poder Ejecutivo, en la sesión política del **trece de junio de 1882** de la Alta Corte Federal, compuesta por **Juan C. Hurtado, J. Felipe Machado, Fulgencio M. Carías, Jesús M. Sistiaga, J. M. Ortega Martínez, J. I. Arnal, Andrés A. Silva y Leonidas Anzola**.²²³

281. La inconstitucionalidad declarada por la Alta Corte Federal fue objeto de expreso señalamiento en la Memoria presentada al Congreso el **veinte de**

²²³ **Memoria de la Alta Corte Federal al Congreso de los Estados Unidos de Venezuela en 1883**, Caracas, 1883, pp. 243-244. **Julio González** y **Manuel Rendón Sarmiento**, firmaron el Acuerdo con el carácter de Secretarios. La Sentencia fue comunicada al Ministerio de Relaciones Interiores mediante oficio de la Alta Corte Federal número 288 de **quince de junio de 1882 (Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela)**, Tomo X, Caracas, Imprenta y Litografía del Gobierno Nacional, 1887, número 2450, pp. 167-168).

febrero de 1883 por el Ministro de Relaciones Interiores, **Vicente Amengual**; y al efecto le comunicó:

Notada en la práctica una grave discordancia entre los artículos 17 y 127 del Código Civil, últimamente reformado, y el artículo 10 de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo pidió a la Alta Corte en dos de junio último la declaratoria de tal colisión, proveniente de que el artículo 10 del Pacto Federal dispone que los extranjeros gozan de los mismos derechos civiles que los venezolanos, y los artículos citados del Código civil casi imposibilitan el matrimonio de aquellos, imponiéndoles, para realizarlo, formalidades del más complicado y difícil cumplimiento. Por Acuerdo del 13 del mismo mes de junio declaró la Alta Corte insubsistentes los dos artículos apuntados del Código Civil.²²⁴

282. No obstante, el Ministro de Relaciones Interiores felicitó

a las Cámaras Nacionales, porque depurada la Legislación de muy raras y triviales desperfecciones, tenemos una obra de lo más acabado en instituciones públicas, doctrina correcta en el sistema federal, y la estabilidad del Gobierno de la Federación, descansando sobre edificio incommovible de leyes uniformes y sabias, liberales y justas, que son el fundamento de nuestra República democrática en sus grandiosos principios de libertad e igualdad, y la salvaguardia de las garantías y derechos de la sociedad venezolana.²²⁵

283. La doctrina patria de la época aprobó la decisión de la Alta Corte Federal. Sin embargo, es de advertir que no hizo referencia a la derogación del segundo párrafo del artículo décimo séptimo del Código Civil del **diez de diciembre de 1880**; y tampoco a su repetición en el artículo noveno del **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación** suscrito entre Bélgica y Venezuela el **primero de marzo de 1884**.²²⁶ Los comentarios se limitaron a señalar especialmente las dificultades prácticas causadas por el certificado de capacidad matrimonial, exigido en el segundo párrafo de su artículo 127, y su oposición con el principio de igualdad de derechos garantizada a venezolanos y extranjeros por nuestra Constitución.

²²⁴ **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1883**, *Legislación*, Caracas, 1883, p. XIV.

²²⁵ **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1883**, *Legislación*, Caracas, 1883, p. XV.

²²⁶ Véase antes el número 120 de este trabajo.

284. Sin observaciones críticas, antes al contrario, considerando ajustada a derecho la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 17 y 127 del Código Civil de 1880, la sentencia de la Alta Corte Federal fue comunicada el **veintinueve de octubre de 1890** por la Academia de Jurisprudencia de Mérida en los informes jurídicos sobre Venezuela enviados por su fundador, doctor **Caracciolo Parra Olmedo**, a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid y a la Sociedad de Legislación Comparada de París.²²⁷

285. El doctor **Aníbal Dominici** se limitó a una breve referencia del asunto para informar la supresión del segundo párrafo del artículo 127 del Código Civil de 1880,

que exigía al extranjero que probara su capacidad para el matrimonio proyectado, de acuerdo con las leyes de su país, ya por tener la edad competente, ya por no necesitar del consentimiento de sus padres, ni otra persona alguna, ya por estar libre de cualquiera otro impedimento; pero, la forma de la prueba requerida ofrecía grandes dificultades en la práctica, y llegó a hacerse casi imposible el matrimonio de los extranjeros en Venezuela, por lo que algunos interesados ocurrieron a la Alta Corte Federal, quien declaró que el segundo inciso mencionado se hallaba en colisión con la Constitución de la República, en cuanto ella asegura a los extranjeros los mismos derechos civiles de los venezolanos, que no están obligados a presentar para contraer matrimonio, ningún documento equivalente a dicha certificación.²²⁸

286. En su Tesis de Grado, el doctor **Lorenzo Herrera Mendoza** recordó que el cumplimiento del segundo párrafo del artículo 127 del Código Civil de 1880

presentaba innumerables dificultades prácticas, a veces imposibilitaba a los extranjeros para el ejercicio de uno de los derechos civiles más eminentes, cual es el de contraer matrimonio. Así que-

²²⁷ *Anuario de la Universidad de Los Andes en los Estados Unidos de Venezuela desde 1790 a 1890 y Anuario de la Academia de Jurisprudencia de Mérida (Venezuela), desde el 27 de Octubre de 1889, fecha de su fundación hasta Abril de 1891*, Tomo I, Mérida, Imprenta Oficial, 1891, p. 201.

²²⁸ *Aníbal Dominici. Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, Caracas, 1897, pp. 189-190.

daba violado uno de los preceptos de nuestra Ley Fundamental que acuerda a los extranjeros el ejercicio de los mismos derechos civiles que la Ley concede o reconoce a los nacionales, razón por la cual, la Corte Federal, a solicitud de algunos interesados, derogó dicho requisito, declarando la colisión con la Constitución Federal. Desde entonces quedó limitada la comprobación de la capacidad resultante de la soltería o de la viudez por medio de la prueba testimonial ante el Juez de Primera Instancia.²²⁹

287. En comentarios bajo el título, *Las modificaciones que sufrió el Código civil en 1896*, aparecidos en la Revista **Temis**, redactada por los doctores **Pablo Godoy Fonseca** y **Juan Bautista Bance**, simplemente se lee:

Desapareció como era natural, del artículo que nos ocupa la prescripción que exigía a los extranjeros que comprobasen su capacidad para casarse, con certificación del respectivo agente diplomático o consular, o de cualquier autoridad competente de su país, disposición que era letra muerta en la Ley desde que fue declarada insubsistente por la Alta Corte Federal en Acuerdo de trece de junio de 1882.²³⁰

288. Hasta donde nuestro conocimiento llega, sólo el doctor **Francisco Gerardo Yanes** hizo énfasis en que la declaración de insubsistencia declarada por la Alta Corte Federal “implicaba olvidar que el Juez tiene sólo ante sus ojos la Ley nacional”; y que, por tanto, podía “exponerse a celebrar un matrimonio indebido, en perjuicio muchas veces de los venezolanos”. En consecuencia, afirmó en términos categóricos: “Preferimos la exigencia de tal prueba”.²³¹

XII. APRECIACIÓN GENERAL DEL CÓDIGO

289. En su Mensaje del **veinte de febrero de 1881** al Congreso Nacional, el General **Antonio Guzmán Blanco**, con el carácter de Presidente de la República, le hizo saber que, en ejercicio de sus facultades extraordinarias, había

²²⁹ **Lorenzo Herrera Mendoza**. *Autoridad Extraterritorial de las Leyes sobre el Matrimonio*, **Anales de la Universidad Central de Venezuela**, Año III, Caracas, 1902, pp. 501-502.

²³⁰ El artículo fue reproducido en la **Revista de Derecho y Legislación**, Caracas, Año 1957, Tomo XLVI, Números 554-555, p. 153.

²³¹ **Francisco Gerardo Yanes**. **Memorándum de Derecho Internacional Privado (para uso de los estudiantes de derecho)**. Caracas, Imprenta Nacional, 1912, p. 92, nota a pie de página. Resulta inexplicable que se refiera a “un fallo de Casación”.

retocado los Códigos Civil y Criminal y expedido un Código de Procedimiento Civil y un Código Militar, todo lo cual os será inmediatamente presentado para vuestra conveniente ratificación.²³²

290. Por su parte, el Ministro de Relaciones Interiores, doctor **Vicente Amengual**, en su Memoria presentada el **veinte de febrero de 1881** explicó al Congreso que el Código Civil reformado

llena las condiciones de perfección apetecibles, y está a la altura de las mas adelantadas legislaciones de la tierra en materia de personas, cosas y acciones, en armonía con el espíritu de nuestras instituciones, satisfacen sus disposiciones las exigencias que la importancia de nuestros destinos actuales reclaman.²³³

291. Asimismo suministró las siguientes explicaciones:

Poco numerosas han sido las reformas sustanciales hechas al Código de 1873 por el actual y de ellas paso a informaros detalladamente; por lo demás, la Comisión, conservando en la esencia las disposiciones de aquél, se limitó a corregir algunos defectos de redacción, a llenar los vacíos que se habían notado en la práctica, a

²³² **Mensajes Presidenciales**, Tomo II (1876-1890), Talleres Italgráfica, Caracas, 1970, p. 146. El doctor **Luis Ignacio Bastidas** considera dudoso que el Presidente de la República tuviese la facultad de sancionar dictatorialmente el Código Civil en el momento en que lo hizo. A este respecto destaca que el Decreto mencionado por el General Guzmán Blanco para fundamentar su conducta tiene fecha del primero y no del tres de junio, y que, además, no da al Presidente, en forma expresa, la facultad de dictar los Códigos Nacionales, declarados en vigencia por el propio instrumento, en cuanto no fuesen contrarios a los Acuerdos del Congreso de Plenipotenciarios. De inmediato agregó las siguientes consideraciones: “Además, aun cuando en el Acuerdo del 6 de mayo, que en nada modifica el Acuerdo del 5, se hubiese concedido al Presidente de la República tan exorbitante facultad, ya funcionando regularmente el Congreso, como lo prueba el propio Decreto del 1° de junio de 1880, tal facultad habría cesado, y revivirla por medio del citado Decreto habría equivalido a delegar ahora la facultad de legislar, contra el principio: “La facultad concedida para sancionar la ley no es delegable”, establecido en la Constitución del 74; sin que pueda alegarse que este principio estaba derogado por los acuerdos del Congreso de Plenipotenciarios, porque estos Acuerdos lógicamente debían regir sólo hasta que entrasen a funcionar constitucionalmente los Poderes Públicos”. Asimismo advierte: “Esta observación se dirige más que todo a poner en claro el riesgo que corren los pueblos, bajo todos respectos, en las aventuras dirigidas a destruir las instituciones, ya que los resultados ciertos de esas aventuras son abusos, usurpaciones y arbitrariedades de todas clases” (*Historia del Código Civil Venezolano*, **Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal**, número 9, Caracas, 1959, pp. 51-52). Con relación a estas críticas debe advertirse que los Códigos promulgados por el General **Antonio Guzmán Blanco** fueron expresamente aprobados por el Congreso Nacional en el artículo 2° del Decreto del **diecinueve de mayo de 1881 (Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IX (reimpresión), Caracas, Imprenta Editorial de Soriano, Sucesores, 1891, número 2314, pp. 265-266) (véase luego el número 289 de este trabajo).

²³³ **Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1881**, *Legislación*, p. XXVI.

suprimir algunas redundancias, imperfecciones todas provenientes del poco tiempo de que pudo disponer para la elaboración de su importante obra la comisión que lo redactó en 1873.²³⁴

292. De acuerdo con el Ministro de Relaciones Interiores, “como 200 artículos han sido alterados en la revisión, algunos suprimidos, adicionados otros”.²³⁵ En particular indicó que

se han definido con absoluta precisión los requisitos necesarios para la válida celebración del matrimonio, haciendo desaparecer del texto de la lei las ambigüedades que dieran margen a uniones que, si no estaban expresamente prohibidas por ella, no merecían la aprobación de la conciencia en la esfera de las creencias religiosas, como las de parientes consanguíneos o afines de primer grado, en línea recta o colateral y las de los Ministros del culto a quienes la disciplina de su religión les prohíba contraer matrimonio.²³⁶

293. En forma sumaria, el Ministro de Relaciones Interiores mencionó las reformas realizadas en el régimen de los esponsales, nulidad de matrimonio, reconocimiento de hijos ilegítimos (permitido sólo por escritura pública), tutela (“para proteger a los menores en sus personas y en sus bienes”); sucesiones, pero tan sólo algunas leves alteraciones; y en materia de interdictos, por cuanto se eliminaron normas “ocasionadas a sorpresas y abusos por la forma especial que revisten estos juicios”.²³⁷ Asimismo indicó haberse mantenido la inhabilitación de las Iglesias y clérigos para recibir por testamento, “porque el Legislador juzgó no ser tiempo aún de no desconfiar de la influencia clerical sobre la conciencia debilitada de los moribundos”.²³⁸

294. La información suministrada al Congreso por el Ministerio de Relaciones Interiores no mencionó las reformas introducidas por el Código de 1880 en materia de Derecho internacional privado. Debido a su importancia el silencio resulta difícil de explicar, en particular si se recuerda la adición de la segunda frase en el artículo décimo séptimo para determinar la ley aplicable al estado y capacidad de los extranjeros en Venezuela;²³⁹ y la certificación de

²³⁴ Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1881, *Legislación*, p. XXVI.

²³⁵ Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1881, *Legislación*, p. XXVI.

²³⁶ Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1881, *Legislación*, p. XXVII.

²³⁷ Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1881, *Legislación*, p. XXIX.

²³⁸ Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores. 1881, *Legislación*, pp. XXVIII-XXIX.

²³⁹ Véanse luego los números 94-111 de este trabajo.

la capacidad exigida a los extranjeros para contraer matrimonio en Venezuela, incorporada en el artículo 127.²⁴⁰

295. En vista de las anteriores informaciones el Congreso Nacional, el **diecinueve de mayo de 1881**, aprobó y ratificó por Decreto, en términos generales, “todos y cada uno de los actos sancionados, expedidos y ejecutados por el Presidente de la República” en ejercicio de sus facultades extraordinarias (artículo 1°); y en particular “los Códigos Civil y de Procedimiento reformados el diez de diciembre del año anterior, cuyos códigos fueron también presentados a la Legislatura Nacional” (artículo 2°).²⁴¹

296. Los comentaristas venezolanos han sido muy prudentes en su juicio general al Código Civil del **diez de diciembre de 1880**. De acuerdo con el doctor **Nicomedes Zuloaga**, “nada importante encontramos en esas reformas”;²⁴² **Aníbal Dominici** destaca que “su única reforma importante fue de un impedimento matrimonial dirimente en las órdenes religiosas”;²⁴³ **José Enrique Machado** afirmó que “no hizo ninguna modificación de importancia por estar los mismos dirigentes de la política que en el Código anterior”;²⁴⁴ y **Luis I. Bastidas**, luego de efectuar un estudio comparado, observa “son muy pocas las verdaderas reformas, efectuadas sólo en los impedimentos para el matrimonio, en el consejo de tutela y en la posesión; en cambio, son numerosas las simples modificaciones, las cuales llegadas al Código vigente, pasaron antes al Código del 96”.²⁴⁵ Sin embargo, los especialistas de

²⁴⁰ Véanse luego los números 213-216 de este trabajo.

²⁴¹ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo IX (reimpresión), Caracas, Imprenta Editorial de Soriano, Sucesores, 1891, número 2314, pp. 265-266. Asimismo se dispuso que continuaría en ejercicio de dichas facultades extraordinarias “hasta que sea reemplazado constitucionalmente con arreglo a las nuevas instituciones que se ha dado la República” (artículo 3°). Posteriormente, la ley del **cuatro de mayo de 1882**, nuevamente aprobó y ratificó todos los actos expedidos y ejecutados en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo X, Caracas, Imprenta y Litografía del Gobierno Nacional, 1887, número 2410, pp. 14-15).

²⁴² **Nicomedes Zuloaga**, *Códigos y Leyes, Primer Libro Venezolano de Literatura, Ciencias y Artes, Ofrenda al Gran Mariscal de Ayacucho*, Caracas, 1895; reproducido en *La Doctrina Positivista*, Tomo II, Presidencia de la República, Pensamiento Político Venezolano del Siglo XIX. Textos para su Estudio. Volumen 14, Caracas, 1961, Editorial Arte, p. 467; **Nicomedes Zuloaga**, *Datos Históricos sobre la Codificación en Venezuela*, Prefacio de la obra *Código Civil Concordado*, reproducido en la *Revista del Ministerio de Justicia*, número 29, Caracas, 1959, p. 44.

²⁴³ **Aníbal Dominici**, *Comentarios al Código Civil Venezolano (reformado en 1896)*, Tomo I, Caracas, 1897, *Prólogo*, p. XX.

²⁴⁴ **José Enrique Machado**, *Historia del Código Civil venezolano*, Tesis de Grado, Caracas, 1934, p. 16, reproducida en *Revista de Derecho y Legislación*, Caracas, 1940, Tomo XXIX, Números 344-345-346.

²⁴⁵ **Luis I Bastidas**, *Historia del Código Civil Venezolano*, *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*, número 9, Caracas, 1959, p. 69. El estudio comparativo se extiende a lo largo de dieciséis páginas y resulta sorprendente que, aun cuando menciona como novedad el último párrafo del artículo 127, guarda absoluto silencio con relación al segundo párrafo del artículo décimo séptimo.

Derecho internacional privado han hecho énfasis en tentativa de modificar la doctrina de la estricta territorialidad de la ley imperante en el medio jurídico venezolano de la época.

XIII. COMENTARIOS FINALES

297. Algunos días antes del nombramiento de las Comisiones encargadas de armonizar los Códigos Nacionales con la Constitución de la República hecho bajo el gobierno del General **Francisco Linares Alcántara**,²⁴⁶ en virtud de la invitación hecha por el País sede, el **nueve de diciembre de 1877** se había instalado en Lima el *Congreso de Jurisconsultos*, con asistencia de representantes de **Perú, Argentina, Cuba, Bolivia y Ecuador**; incorporándose con posterioridad **Costa Rica, Guatemala, Honduras, Uruguay y Venezuela**.²⁴⁷ En esa oportunidad se encargó a una comisión, compuesta por los doctores **Alberto Arenas** (Perú) y **José E. Uriburu** (Argentina), la preparación de un proyecto que, después de cuidadoso examen, fue suscrito un año después, en la sesión de **nueve de noviembre de 1878**, con el título *Tratado de Derecho Internacional Privado*.²⁴⁸ Tres días más tarde, en **doce de noviembre de 1878**, el doctor **Antonio Arenas**, en su carácter de Presidente del Congreso, envió al Ministro de Relaciones Exteriores del Perú un Informe explicativo de las actividades realizadas.²⁴⁹

298. El Tratado de Lima además de reconocer a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los nacionales, en su artículo primero, realizó una extensa codificación del Derecho Civil Internacional, del Derecho Procesal Internacional y del Derecho Penal Internacional. Según comenta el profesor **Haroldo Valladão**, el texto definitivo permite apreciar la influencia de las ideas de los americanos Joseph Story, Andrés Bello y Augusto Texeira de Freitas; y de los europeos Pasquale Stanislao Mancini, Pasquale Fiore, Mazzoni, Charles Brocher, François Laurent y P. Pradier Fodéré.²⁵⁰

²⁴⁶ Véase antes el número 11 de este trabajo.

²⁴⁷ El Delegado de Venezuela, **Pedro Naranjo**, se incorporó el **dieciséis de abril de 1878** (**Alberto Ulloa. Congresos Americanos de Lima**, Tomo II, Imp. Tomás Aguirre, Lima, 1938, p. 259).

²⁴⁸ Fue suscrito por Argentina, Bolivia, Costa Rica, Chile, Ecuador y Venezuela. Con posterioridad, el **cinco de diciembre de 1878** se extendió un Protocolo, firmado por los Representantes de todos los países suscritores, para recibir la adhesión de Guatemala y Uruguay.

²⁴⁹ **Gonzalo Parra-Aranguren. La Primera Etapa de los Tratados sobre Derecho Internacional Privado en América (1826-1940)**, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 1996, número 98, pp. 59-127; reproducido en *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Volumen II, Caracas, Liberil S.R.L., 1998, pp. 452-461.

²⁵⁰ **Haroldo Valladão. Direito Internacional Privado**, 5ª Edición, Tomo I, Rio de Janeiro - Sao Paulo, 1980, p. 194. El Centenario del Congreso fue conmemorado del seis al dieciséis de diciembre de 1977; y se aprovechó la oportunidad para el examen del sistema peruano de Derecho Internacional Privado que continuó hasta concluir en la reforma del Código Civil en 1984.

299. El *Tratado de Derecho Internacional Privado* suscrito en Lima en 1878 consta de sesenta artículos distribuidos en ocho títulos. El primero de ellos se denomina: “De la Ley que rige el estado y la capacidad jurídica de las personas, los bienes situados en la República y los contratos celebrados en el país extranjero” (artículos 1-6); “De los matrimonios celebrados en país extranjero y de los celebrados por extranjeros en la República” es el encabezamiento del título segundo (artículos 7-17); el título tercero trata “De la Sucesión” (artículos 18-24); en el título cuarto se regulan los problemas “De la competencia de los Tribunales nacionales sobre actos jurídicos realizados fuera de la República y sobre los celebrados por extranjeros que no residen en ella” (artículos 25-33); “De la jurisdicción nacional sobre delitos cometidos en país extranjero y sobre los de falsificación en perjuicio de otros Estados” es el nombre del título quinto (artículos 34-40); en el título sexto se regulan las cuestiones “De la ejecución de las sentencias y otros actos jurisdiccionales” (artículos 40-50); “De las legalizaciones” es la materia del título séptimo (artículos 51-52); y en el título octavo se incluyen las “Disposiciones comunes a los títulos precedentes” (artículos 53-60).²⁵¹

300. La característica principal del Tratado de Lima de 1878 constituye su preferencia de la ley de la nacionalidad sobre la ley del domicilio para regular el estado y capacidad de las personas (artículo segundo), de acuerdo con las ideas defendidas por Don **Antonio Arenas**, en seguimiento de los principios de la escuela italiana de Derecho internacional privado.²⁵² No obstante, fue imposible desconocer las inconveniencias de aplicar a los inmigrados la ley extranjera de su respectiva nacionalidad; y gracias a los esfuerzos de **Zoilo Flores** (Bolivia) se admitieron importantes excepciones en materia de matrimonio y de sucesiones en favor de la territorialidad.²⁵³

301. El **cinco de abril de 1879** el Ministro de Relaciones Exteriores venezolano, doctor **Julián Viso**, informó al Congreso de Jurisconsultos que sometería a consideración del Poder Legislativo el Tratado de Derecho Internacional Privado.²⁵⁴ Así lo hizo en su Memoria, presentada el **veinte de febrero de 1880**, con los siguientes comentarios:

Se encuentran allí resueltas varias cuestiones de naturaleza difícil, y adoptados principios que tienen el apoyo de muchos publicistas, en

²⁵¹ Alberto Ulloa. *Congresos Americanos de Lima*, Tomo II, Lima, 1938, pp. 343-351.

²⁵² Alberto Ulloa. *Congresos Americanos de Lima*, Tomo II, Lima, 1938, pp. 174-182.

²⁵³ Alberto Ulloa. *Congresos Americanos de Lima*, Tomo II, Lima, 1938, pp. 216-228; 237-241.

²⁵⁴ Alberto Ulloa. *Congresos Americanos de Lima*, Tomo II, Imp. Tomás Aguirre, Lima, 1938, pp. 297, 362.

materias importantes que este ramo abraza. Fruto de personas elegidas por su instrucción en la vasta ciencia del derecho, y de fines intrínsecamente americanos, merecerá, el Ejecutivo se complace en esperarlo, la mayor atención de las Cámaras tanto más cuanto guarda también armonía con las disposiciones de nuestros Códigos.²⁵⁵

302. A pesar de su importancia histórica, por constituir la primera regulación entre varios Estados de Derecho internacional privado con carácter general, el Tratado de Lima tuvo vigencia muy restringida. Aun cuando suele indicarse que nunca entró en vigor la afirmación no es cierta, por cuanto al menos fue ratificado por Costa Rica y el Perú, motivo por el cual adquirió fuerza vinculante entre ambos países.²⁵⁶ Además es preciso advertir que, con ligeras modificaciones, fue reproducido en el *Tratado de Derecho Internacional Privado*, suscrito en Quito el **dieciocho de junio de 1903**, vigente entre Colombia y Ecuador a partir del treinta y uno de junio de 1907.²⁵⁷

303. Venezuela no llegó a ratificar el Tratado de Lima. Sin embargo, sus soluciones fueron suficientemente difundidas en el medio jurídico venezolano de la época y, por tanto, es de suponer que debieron ser tenidas en cuenta por la Comisión encargada por el Ejecutivo Nacional de armonizar los códigos nacionales con la Constitución de la República.

304. El interés en lograr la codificación del Derecho internacional privado americano encontró nueva expresión en la reunión celebrada en Caracas el **catorce de agosto de 1882**, a instancias del Presidente de la República,

²⁵⁵ **Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores al Congreso de los Estados Unidos de Venezuela**, Caracas, 1880, *Exposición*, p. XXVI. En la Sección, *Documentos*, fueron transcritos tanto el *Tratado de Derecho Internacional Privado* como el *Informe Explicativo* del doctor **Antonio Arenas** (*Documento número 6*, pp. 98-151). **Rafael Fernando Seijas** también reprodujo el *Tratado de Derecho Internacional Privado* y el *Informe Explicativo* del doctor **Antonio Arenas** (*El Derecho Internacional Hispano-Americano (Público y Privado)*), Caracas, 1884. Imprenta El Monitor, 1884, pp. 218-269.

²⁵⁶ En esa oportunidad se firmó también en Lima un tratado especial de extradición, y según indica **Rafael Fernando Seijas**, “El señor Ministro del Perú ha dicho estar ya ratificados por su Gobierno ambos convenios, así como también por el de Costa Rica; mas declarando esta última no quedar obligada hacia Guatemala, con quien no conserva relaciones oficiales; y que Guatemala y el Uruguay se habían adherido al primero” (*El Derecho Internacional Hispano-Americano (Público y Privado)*), Caracas, 1884. Imprenta El Monitor, 1884, p. 192). **Jürgen Samtleben** informa, por su parte, que el Tratado de Lima fue aprobado por el Congreso del Ecuador, por Decreto del **dos de noviembre de 1880**, pero no parece que el Presidente lo ratificara (*Internationales Privatrecht in Lateinamerika*, Tomo I. *Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1979, nota 50, p. 12).

²⁵⁷ **Gonzalo Parra-Aranguren**, *La Primera Etapa de los Tratados sobre Derecho Internacional Privado en América (1826-1940)*, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 1996, N° 98; reproducido en *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Volumen II, Imprenta Nacional, Caracas, 1998, pp. 452-461.

General Antonio Guzmán Blanco, con asistencia de representantes de los países americanos que asistieron al grandioso homenaje conmemorativo del centenario del nacimiento del Libertador Simón Bolívar, señores **Carlos Calvo Capdevilla** (República Argentina), **Modesto Omiste** (Bolivia), General **Sergio Camacho** (Colombia), **José María Rojas Paúl** (Ecuador), **Martín J. Sanabria** (México), **Guillermo L. Pareja** (Perú), **L. Hernández Gil** (El Salvador), **José Núñez Cáceres** (Santo Domingo) y **Antonio Leocadio Guzmán** (Venezuela).

305. En efecto, durante sus deliberaciones, la Conferencia adoptó varios acuerdos adoptados; y con relación al Derecho internacional privado se aprobó:

6°. Que la reunión de un Congreso Diplomático Continental, iniciado por Bolívar, ha llegado a ser de imperiosa necesidad para dar fórmula expresa y positiva a la unión americana; que este Congreso tomará en consideración las cuestiones territoriales y las materias de unificación de la ciudadanía, igualdad de peso y ley de las monedas, así como de pesos y medidas, facilitará las comunicaciones internacionales de mar y tierra y convendrá en una unificación de su Derecho Internacional Privado, y los demás puntos de contacto entre las naciones de América; y luego someterá el resultado de sus trabajos a los respectivos Estados representados en el Congreso, para que sean discutidos y resueltos de conformidad con sus leyes fundamentales.

306. Sin embargo, la falta de receptividad no permitió adelantar este proyecto y, por tanto, no fue “culpa de Venezuela que tampoco esta vez se conviertan en realidad las sabias previsiones de Bolívar”. Así lo informó al Congreso de la República reunido en 1884 el Canciller venezolano Licenciado **Rafael Seijas**.²⁵⁸

307. A pesar del fracaso de la iniciativa, el Gobierno Nacional emprendió, con éxito, la negociación de soluciones bilaterales en materia de Derecho internacional privado. En efecto, el **veinticinco de mayo de 1882**, fueron suscritos entre **Bélgica y Venezuela, un Convenio sobre la situación le-**

²⁵⁸ **Gonzalo Parra-Aranguren**. *Los Precedentes Venezolanos del Código Bustamante*, **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello**, Caracas, 1974, número 17; reproducido en **Codificación del Derecho Internacional Privado en América**, Caracas, 1982, Imprenta Universitaria, pp. 20-24. **Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores al Congreso de los Estados Unidos de Venezuela. 1884. Exposición Preliminar**, pp. 18-24; **El Libro Amarillo. 1884**, pp. 242-243.

gal de las sociedades anónimas y de las otras asociaciones comerciales, industriales y financieras,²⁵⁹ y un **Convenio sobre protección a las marcas de fábrica y de comercio**.²⁶⁰ Dos años más tarde, el **primero de marzo de 1884, Bélgica y Venezuela** firmaron en Caracas el **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación, Venezuela y Bélgica** que determinó la ley aplicable en las siguientes materias: estado y capacidad de las personas (artículo noveno), bienes inmuebles (artículo 19) y forma extrínseca de los actos (artículo 20).²⁶¹

308. Durante la misma época fue suscrito en Caracas, el **veintisiete de agosto de 1883, El Salvador y Venezuela** suscribieron el **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación**, que determinó la ley aplicable en las siguientes materias: bienes inmuebles (artículo 8), forma externa de los actos entre vivos y de última voluntad (artículo 9), contratos e instrumentos públicos (artículo 10). Asimismo prescribió su legalización (artículo 11) y estableció las reglas para el trámite de los exhortos y comisiones rogatorias (artículos 12 y 13).²⁶²

309. De igual modo Bolivia y Venezuela concluyeron el **Tratado de Amistad, Comercio y Navegación**, firmado en Caracas el **catorce de septiembre de 1883**, que determinó la ley aplicable a los bienes inmuebles (artículo 8), a la forma externa de los actos entre vivos y de última voluntad (artículo 9), y a los documentos, obligaciones y contratos (artículo 10). También fue regulada la eficacia extraterritorial de las sentencias (artículo 10) y el trámite de los exhortos y comisiones rogatorias (artículo 12).²⁶³

²⁵⁹ **Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo X, Caracas, Imprenta y Litografía del Gobierno Nacional, 1887, número 2438, p. 141. La Ratificación Ejecutiva se produjo el **primero de junio de 1882**.

²⁶⁰ Hace referencia a la ley del **veinticuatro de mayo de 1877** y a su decreto reglamentario; fue ratificado por el Poder Ejecutivo el **primero de junio de 1882** (**Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**, Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 414-425).

²⁶¹ **Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**, Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 414-425. El canje de ratificaciones se produjo del **ocho de febrero de 1886**.

²⁶² **Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**, Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 371-383. La aprobación legislativa venezolana es del **tres de junio de 1884**; y el canje de ratificaciones se produjo en Caracas, el **once de diciembre de 1884**.

²⁶³ **Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**, Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 391-403. La aprobación legislativa se realizó el **doce de junio de 1884** y la ratificación ejecutiva tuvo lugar el **diecisiete de junio de 1884**.

310. Asimismo cabe mencionar la consagración del principio de igualdad de derechos con los nacionales en materia de marcas de fábrica y de comercio en el artículo séptimo del **Tratado de Comercio y Navegación entre España y Venezuela**, firmado en Caracas el **veinte de mayo de 1882**.²⁶⁴ A este respecto es de mencionar que la misma materia había sido regulada en el **Convenio sobre Marcas de Fábrica y de Comercio entre Francia y Venezuela**, suscrito en Caracas, el **tres de mayo de 1879**²⁶⁵ y en el **Convenio sobre Marcas de Fábrica y de Comercio entre Dinamarca y Venezuela** firmado en Caracas el **veintiuno de junio de 1879**.²⁶⁶

311. Aun cuando Venezuela no llegó a ratificar el Tratado de Lima sobre Derecho Internacional Privado, sus soluciones dejaron profunda huella en las enseñanzas de **Rafael Fernando Seijas**, según se desprende de las páginas introductorias del tomo primero de su tratado sobre **El Derecho Internacional Hispano-Americano (Público y Privado)** impreso en Caracas en 1884, donde hizo la siguiente advertencia:

Este libro no es un libro común. Descubre una alta tendencia y va derecho al fin que persigue: codificar la legislación internacional americana, interna y externa, en síntesis breve y clara, como consecuencia de los antecedentes. Esta legislación la he hallado escrita ¿cómo y dónde? Primero en el sentimiento precioso de la dignidad nacional, que ha inspirado, guiado y encaminado la acción; luego en las memorias de las Cancillerías de todos los Estados de las Américas Central y Meridional que me han suministrado los puntos discutidos, que me facilitan conclusiones definitivas por autoridad de cosa juzgada; y puntos discutibles, que me sugieren el fundamento de conclusiones generales. Las primeras no hay para qué volver a tocarlas: han recibido la sanción del convencimiento, de la práctica y de la experiencia. Sobre las segundas habrá que volver hasta dejarlas refrendadas con el examen, la discusión y la aserción.²⁶⁷

²⁶⁴ Ratificación ejecutiva, **primero de junio de 1882**, canje de ratificaciones en Caracas el **diecinueve de septiembre de 1883** (**Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**), Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, p. 364.

²⁶⁵ Aprobación legislativa: **veintinueve de mayo de 1880**; ratificación ejecutiva **dos de junio de 1880** (**Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**), Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 356-357.

²⁶⁶ Aprobación legislativa el **veintinueve de abril de 1880**; ratificación ejecutiva el **catorce de mayo de 1880** (**Tratados Públicos y Acuerdos Internacionales de Venezuela (incluyéndose los de la Antigua Colombia)**), Volumen I, 1820-1900, 2ª edición, Caracas, Tipografía Americana, 1951, pp. 357-358.

²⁶⁷ **Rafael Fernando Seijas. El Derecho Internacional Hispano-Americano (Público y Privado)**, *Introducción*, Tomo I, Caracas, Imprenta de El Monitor, 1884, p. VII.

312. Al respecto recordó **Rafael Fernando Seijas** que el Gobierno del Perú

siempre ha mirado con entusiasmo la causa de la unión de los pueblos americanos. Ha creído que contribuiría mucho a ella la uniformidad de la legislación en ciertos puntos, con el objeto de borrar las diferencias existentes de unas a otras Repúblicas y preparar así el fundamento de la confederación sólida y estable de todas.²⁶⁸

313. De inmediato agregó los siguientes comentarios:

Tan elevado propósito como el de procurar hacer un código especial latino-americano, que regule nuestra situación con las naciones extranjeras, no podría contemplarse con indiferencia, puesto que en ello va envuelta la suerte de cincuenta millones de americanos, extendidos en un territorio inmenso, capaz de dar casa y asilo holgados nada menos que al veinte por ciento de la población total del globo. Y con una circunstancia muy digna de notarse; que esta raza latino-americana es una raza homogénea, que habla un solo idioma, no corrompido en dialectos, que tiene las mismas creencias, el mismo tipo, y unas mismas necesidades y aspiraciones. Viniendo de Europa los primeros pobladores y confundiéndose con la raza indígena, se ha llegado a formar una sola Nación, completamente identificada en lo que hoy es la raza típica latino-americana.²⁶⁹

314. En última instancia, con ocasión del examen de los diversos problemas concretos de Derecho internacional privado, **Rafael Fernando Seijas** atribuyó carácter de “conclusiones definitivas, pasadas en autoridad de cosa juzgada”, a las disposiciones del *Tratado para establecer Reglas Uniformes de Derecho Internacional Privado* suscrito en Lima en 1878.

315. El entusiasmo de **Rafael Fernando Seijas** no fue compartido en el hemisferio americano. En efecto, la competencia de principio reconocida a la ley de la nacionalidad en materia de estado y capacidad de las personas físicas constituyó severo obstáculo para la aceptación del Tratado de Lima. La dificultad fue destacada por **Estanislao Zeballos** cuando afirmó que “los resultados prácticos, si los hubiera tenido, habrían sido contrarios a

²⁶⁸ **Rafael Fernando Seijas**. *El Derecho Internacional Hispano-Americano (Público y Privado)*, Tomo I, Caracas, Imprenta de El Monitor, 1884, pp. 190-191.

²⁶⁹ **Rafael Fernando Seijas**. *El Derecho Internacional Hispano-Americano (Público y Privado)*, Tomo I, Caracas, Imprenta de El Monitor, 1884, *Introducción*, pp. VIII-IX.

las doctrinas, al sentimiento y a las soluciones nacionales positivas de las nacionalidades americanas”.²⁷⁰ Sin embargo, más expresivas fueron las palabras del doctor **Alberto Guani**, Ministro de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay, en la sesión inaugural del *Segundo Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado*, el **dieciocho de julio de 1939**, cuando recordó que la consagración del principio de la nacionalidad “suponía aceptar la posibilidad de que, con el transcurso de los años, América fuese de Europa y no de los americanos”.²⁷¹

316. El fracaso del Tratado de Lima explica los esfuerzos emprendidos por la República Argentina y la República Oriental del Uruguay. En virtud de la propuesta del Profesor **Gonzalo Ramírez**, Ministro Plenipotenciario de la República Oriental del Uruguay, fue suscrito el **catorce de febrero de 1888** un Protocolo en la ciudad de Buenos Aires, con la finalidad de “invitar por separado, pero simultáneamente, a los Gobiernos de Chile, Brasil, Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia, Venezuela y Paraguay, para la reunión de un Congreso Jurídico Internacional Sud-Americano, que tendrá por objeto la celebración de un Tratado que comprenda las materias que abarca el Derecho Internacional Privado”.²⁷² Colombia, Ecuador y Venezuela se excusaron.

317. En su respuesta del **cuatro de junio de 1888**, el Canciller venezolano, **A. Iztúriz**, hizo saber:

El Presidente de la República, a quien he dado cuenta de la comunicación de V.E., me ha dado encargo de decirle que el Gobierno de Venezuela aplaude el notable propósito consignado en ella, pero a la vez tiene que lamentar lo estrecho del tiempo en que ha de

²⁷⁰ Estanislao Zeballos. *Justicia Internacional Positiva*, Valencia - Madrid, 1911, pp. 208 ss.

²⁷¹ *Congresos Sudamericanos de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1888-1889 y 1939-1940). Actas y Documentos Seleccionados*, OEA/Ser. Q/II.14 - CJI-14 (A), Washington, D.C., 1974, p. 241.

²⁷² Tres meses más tarde, el Presidente de los Estados Unidos de la América del Norte fue autorizado por Ley de **veinticuatro de mayo de 1888** a convocar la Primera Conferencia Internacional Americana, que sesionó en Washington, D.C. del **dos de octubre de 1889** al **diecinueve de abril de 1890** (**Gonzalo Parra-Aranguren**. *Los Precedentes venezolanos del Código Bustamante*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 1974, N° 17; reproducido en *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Caracas, 1982, pp. 24-27). Resulta explicable, por tanto, como lo recuerda **Werner Goldschmidt**, que el complejo de inferioridad de algunos sectores ideológicos hayan afirmado la importancia política (antinorteamericana) del Congreso de Montevideo como una reacción contra la convocatoria hecha por los Estados Unidos de la América del Norte de la Primera Conferencia Internacional Americana (**Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia**, Quinta Edición, Buenos Aires, 1985, 30, p. 29).

verificarse la reunión de ese gran Congreso Sud-Americano, circunstancia que le impide, muy a su pesar, ser representado allí como es su deseo; atendidas las distancias y consiguiente demora de los Plenipotenciarios que debería enviar.²⁷³

318. El **Congreso Sud-americano de Derecho Internacional Privado** se instaló en Montevideo el **veinticinco de agosto de 1888**, bajo la Presidencia del doctor **Ildefonso García Lagos**, Ministro de Relaciones Exteriores de la República Oriental del Uruguay, con la asistencia de representantes de la República Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay.²⁷⁴

319. Las deliberaciones fueron muy intensas, se prologaron durante casi un año y concluyeron felizmente. En efecto, el **once de enero de 1889** fueron suscritos el *Tratado de Derecho Procesal* y el *Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística*;²⁷⁵ el **veintiuno de enero de 1889**, el *Tratado sobre Patentes de Invención* y el *Tratado sobre Marcas de Comercio y de Fábrica*;²⁷⁶ el *Tratado sobre Derecho Penal Internacional* se firmó el **veintitrés de enero de 1889**;²⁷⁷ la *Convención sobre Ejercicio de Profesiones Liberales* el **cuatro de febrero de 1889**;²⁷⁸ el **doce de febrero de 1889** fueron suscritos el *Tratado sobre Derecho Civil Internacional* y el *Tratado de Derecho Comercial Internacional*;²⁷⁹ y el **trece de febrero de 1889** se firmó el *Protocolo Adicional*.²⁸⁰

²⁷³ **Gonzalo Parra-Aranguren**. *La Primera Etapa de los Tratados sobre Derecho Internacional Privado en América (1826-1940)*, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 1996, número 98; reproducido en *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*, Volumen II, Caracas, 1998, Liberil S.R.L., pp. 463-473.

²⁷⁴ *Actas de las Sesiones del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1894, pp. 25-32.

²⁷⁵ *Actas de las Sesiones del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1894, p. 385.

²⁷⁶ *Actas de las Sesiones del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1894, p. 390.

²⁷⁷ *Actas de las Sesiones del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1894, p. 396.

²⁷⁸ *Actas de las Sesiones del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1894, p. 629.

²⁷⁹ *Actas de las Sesiones del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1894, p. 634.

²⁸⁰ Su denominación original era: *Tratado sobre Aplicación de Leyes Extranjeras*, pero en la sesión del **trece de febrero de 1889** fue sustituida por *Protocolo Adicional*, a sugerencia del Presidente del Congreso, doctor **Ildefonso García Lagos** (*Actas de las Sesiones del Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1894, p. 636).

320. El *Tratado sobre Derecho Civil Internacional* aprobado en Montevideo reaccionó vigorosamente contra la solución admitida en Lima once años antes; y seleccionó los factores de conexión para determinar la ley aplicable con fundamento en elementales consideraciones de política demográfica para los países de inmigración. En consecuencia, consagró los principios defendidos por Joseph Story, Federico Carlos de Savigny, Augusto Texeira de Freitas y Andrés Bello, con una manifiesta orientación hacia el territorialismo, demostrada por la preferencia del domicilio, del lugar de la situación y del lugar del juicio como elementos decisivos para seleccionar la legislación competente.

321. El *Congreso Sud-Americano de Derecho Internacional Privado* constituyó un verdadero éxito, en particular si se tiene en cuenta la poca cordialidad de las relaciones entre algunos de los participantes. Así lo destacó **Estanislao Zeballos** con el siguiente recordatorio:

La República Argentina tenía serias cuestiones pendientes con Chile y con el Brasil; la de Chile las tenía ardorosas con el Perú, y la de Bolivia estaba en una situación ambigua respecto de Chile, del Brasil, de la Argentina y del Perú, pues con dichos países discutía dificultades de política y de frontera. De esta suerte, el Congreso de Montevideo era un foco de susceptibilidades, de recelos, de intransigencias, que motivaron su fracaso parcial.²⁸¹

322. La importancia de la labor realizada en Montevideo fue reconocida inmediatamente. En la Primera Conferencia Internacional Americana, reunida en Washington no sólo fue creada la *Unión Internacional de las Repúblicas Americanas para la pronta compilación y distribución de datos sobre el Continente*; además se adoptaron diversas Resoluciones y el **cuatro de marzo de 1890** fue dispuesto:

Que se recomiende a los Gobiernos representados en esta Conferencia, que no hayan aceptado todavía los tratados de Derecho Internacional Privado, civil, comercial y procesal del Congreso de Montevideo reunido el veinticinco de agosto de 1888, hagan examinar y estudiar dichos tratados a fin de que, dentro del término de un año, contado desde la clausura de esta Conferencia, expresen si adhieren a ellos, manifestando, en caso de no ser absoluta su adhesión, las restricciones o modificaciones con que los acepten.²⁸²

²⁸¹ Estanislao Zeballos. *Justicia Internacional Positiva*, Valencia - Madrid, 1911, pp. 217 ss.

²⁸² *Conferencias Internacionales Americanas. 1889-1936*, Washington, 1938, Tomo I, p. 14.

323. Los Tratados suscritos en Montevideo fueron ratificados por Argentina (1894), Bolivia (1903), Paraguay (1889), Perú (1889) y Uruguay (1882); Chile no lo hizo; y Brasil se adhirió a la *Convención sobre el Ejercicio de las Profesiones Liberales*.²⁸³ Por su parte, Colombia y Ecuador adhirieron al *Tratado de Derecho Procesal*; Colombia también lo hizo al *Convenio sobre Ejercicio de Profesiones Liberales*, al *Tratado sobre Derecho Civil Internacional* y al *Tratado de Derecho Comercial Internacional*; España firmó *ad-referendum* su adhesión a todos los tratados suscritos; Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Hungría e Italia adhirieron al *Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística*.²⁸⁴

324. Venezuela no adhirió a las convenciones adoptadas en Montevideo. Sin embargo, el Tratado de Derecho Procesal fue repetido casi textualmente en el Acuerdo Boliviano sobre *Ejecución de Actos Extranjeros*, suscrito en Caracas, el **dieciocho de julio de 1911**, que pronto entró en vigencia en **Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela**.²⁸⁵

325. El doctor **Ramón F. Feo**, Vicepresidente de la Comisión General de Códigos creada el **doce de agosto de 1895**²⁸⁶ hizo énfasis en la falta de acuerdo entre “las opiniones de los juristas y escritores sud-americanos con las de los escritores europeos” en materias de derecho internacional privado. Al respecto advirtió:

Verdad es que el Congreso de juristas de Lima de 1878, aceptó casi sin diferencias las doctrinas de estos últimos. Mas en el Congreso

²⁸³ **Tratados y Convenciones Interamericanos**, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 1980, pp. 159-161.

²⁸⁴ Las soluciones establecidas en los Tratados de Montevideo dejaron huella indudable en los convenios sobre las mismas materias, adoptados en el *Primer Congreso Jurídico Centroamericano*, reunido en 1897 en la ciudad de Guatemala (**Gonzalo Parra-Aranguren**, *La Primera Etapa de los Tratados sobre Derecho Internacional Privado en América (1826-1940)*, **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1996, número 98; reproducido en **Codificación del Derecho Internacional Privado en América**, Volumen II, Caracas, 1998, Liberil S.R.L., pp. 473-474).

²⁸⁵ **Gonzalo Parra-Aranguren**, *El Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros (1911) a la luz de la jurisprudencia venezolana*, **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello**, Caracas, 1976, número 22, pp. 9-132; reproducido en **Ensayos de Derecho Procesal Internacional**, Caracas, 1986, Editorial Arte, pp. 272-394.

²⁸⁶ La Comisión General de Códigos quedó integrada por los doctores **Manuel Cadenas Delgado**, **Elías Michelena**, **Ramón F. Feo**, **Aníbal Dominici**, **Antonio Zárraga**, **Claudio Bruzual Serra**, **Pedro Febres Cordero** y **Carlos F. Grisanti** (**Recopilación de Leyes y Decretos Vigentes de Venezuela**, Tomo XVIII, Caracas, 1896, Imprenta Bolívar, número 6351, pp. 237-238). En virtud de la renuncia del doctor **Elías Michelena**, por razones de salud, la Resolución del tres de septiembre de 1895 dictada por el Ministerio de Relaciones Interiores designó para llenar la vacante al doctor **Félix Francisco Quintero** (**Memoria del Ministerio de Relaciones Interiores**, 1896, Caracas, 1896, Documento número 6, p. 9).

sobre Derecho internacional privado reunido en Montevideo en 1888, se formularon tratados, en los cuales se palpa notable desacuerdo.²⁸⁷

326. De inmediato el doctor **Ramón F. Feo**, hizo referencia a los positivos conceptos de la “recomendable obra” del doctor **Rafael Fernando Seijas**, antes de transcribir las soluciones consagradas en el Tratado de Lima sobre condición de los extranjeros (artículo primero); la ley aplicable al estado y capacidad de las personas (artículo segundo), a los bienes inmuebles y a los muebles con situación permanente (artículo tercero), a los contratos (artículo cuarto), a las formas o solemnidades externas de los contratos o de cualesquiera otros actos jurídicos (artículo quinto), a la validez del matrimonio (artículo séptimo), a la capacidad de suceder y a la sucesión (artículo veinte); y a la reserva de orden público (artículo 54).

327. Acto continuo formuló comentarios sobre los trabajos realizados en Montevideo, con el señalamiento de que en las actas de este notable Congreso, publicadas de orden del Gobierno de la República Argentina, puede apreciarse que “luminosísimos informes acompañaron a los diversos proyectos de tratado que se propusieron y que las discusiones fueron tan detenidas como ilustradas, notablemente sobre la ley que ha de regir los bienes muebles”.

328. Seguidamente transcribió las soluciones del Tratado de Derecho Civil Internacional en materia de ley aplicable a la capacidad de las personas (artículos 1 y 2), la existencia y capacidad de las personas jurídicas (artículo 4), la determinación del domicilio (artículo 5), la capacidad para contraer matrimonio (artículo 11), los bienes (artículo 26), los contratos (artículos 32 y 33), la forma de los testamentos y las sucesiones (artículos 44, 45, 46 y 47).

329. El doctor **Ramón F. Feo** reprodujo asimismo los párrafos del informe de la Comisión que destacan “las notables diferencias en varios puntos importantes entre la doctrina de Europa y la sud-americana aceptada por la mayoría del Congreso de Montevideo”,²⁸⁸ con especial referencia a ley aplicable a la capacidad para contraer matrimonio y a los bienes, muebles e inmuebles.

330. En consecuencia el doctor **Ramón F. Feo** advirtió:

Suficientes nos parecen las inserciones precedentes para demostrar el desacuerdo que existe aún entre los jurisconsultos y escritores

²⁸⁷ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Gutenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, pp. 39-40.

²⁸⁸ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Gutenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 44.

sobre puntos importantes de Derecho internacional privado, el estado de formación en que todavía se encuentra ese nuevo ramo de la ciencia, y que no por puro espíritu de americanismo, sino por razones sólidas y de gran peso, disienten los americanos de las opiniones de respetables escritores europeos. Si no nos engañan nuestros recuerdos, el Congreso Pan-Americano, reunido últimamente en Washington, recomendó las conclusiones del de Montevideo. Dignas de estudio y serias consideraciones son esas conclusiones, y los informes motivas que le sirvieron de fundamento.

331. Por último el doctor **Ramón F. Feo** concluyó:

A la vista de ese estado del Derecho internacional privado, los magistrados y abogados deben procurar seguir con interés el movimiento progresivo de la ciencia y de la jurisprudencia de los tribunales, que ha de conducir al cabo a conclusiones más definitivas, y hasta donde sea dado, a la uniformidad en los principios fundamentales de ese importante ramo del derecho. De desearse es que, por lo menos, se llegue a formular un Código americano que deje establecida la unidad de principios en toda la América.²⁸⁹

332. La actitud “americanista” de España, orientada a participar en el movimiento de codificación del derecho internacional privado en este hemisferio, se dejó sentir en su frustrada adhesión a los Tratados de Montevideo de 1888-1889;²⁹⁰ y a iniciativa de la *Real Academia de Jurisprudencia* encuentra clara expresión en el **Congreso Jurídico Iberoamericano**, reunido en Madrid, entre el **veinticuatro de octubre** y el **veintiséis de noviembre de 1892**, con motivo de la conmemoración del cuarto centenario del descubrimiento de América.²⁹¹

²⁸⁹ **Ramón F. Feo. Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**, Tipografía Guttenberg, Tomo Primero, Caracas, 1904, p. 44.

²⁹⁰ **Mariano Aguilar Navarro** indica al respecto: “El intento de vincularnos al círculo de la codificación de Montevideo no condujo a un resultado positivo, en parte debido a las reservas de las Repúblicas iberoamericanas frente a la participación de Estados europeos, como tampoco alcanzó éxito el intento español en 1896, mucho más limitado, para adherirse al Tratado de Montevideo sobre propiedad literaria y artística” (**Derecho Internacional Privado**. Volumen I. Tomo I. **Introducción y Fuentes**, Reimpresión de la tercera edición, Revisada con la colaboración de Julio D. González Campos y Mariano Aguilar Benítez Lugo, Madrid, 1913, Artes Gráficas Benzal, p. 518).

²⁹¹ El **Primer Congreso Jurídico Iberoamericano** se había realizado en Lisboa en 1889 gracias a la iniciativa de la Asociación de Abogados de Lisboa, con la finalidad de “estrechar los vínculos literarios entre los juriconsultos portugueses y españoles”. Según informa **Manuel Torres Campos** “entre los muchos e interesantes temas sometidos al debate, deben mencionarse los referentes a los conflictos entre la nacionalidad y el domicilio, los derechos de autor, la aplicación actual de las leyes de Moisés y

333. Las Memorias de **Juan Jacinto Tavares de Medeiros** (Portugal), **Prisciliano María Díaz González** (Puebla) y **Vicente Olivares Biec** (México) examinaron el tema segundo del Congreso tuvo por título relativo a los *Medios de dar eficacia en España, Portugal y las Repúblicas Ibero-americanas a las obligaciones civiles contraídas en cualquiera de estos países, a las diligencias y medios de prueba y a las resoluciones de los Tribunales de Justicia de dichos Estados, así en lo civil como en lo criminal*; y con relación al Tema Quinto, *El Matrimonio y el Divorcio en el Derecho Internacional Privado*, sólo se presentó la Ponencia de **Manuel Pedregal y Cañedo** (España). Las respectivas conclusiones fueron aprobadas el **diez de noviembre de 1892**, sin la participación activa del único representante venezolano, el ex Presidente de la República **Raimundo Andueza Palacio**.²⁹²

la necesidad de sanción penal para las infracciones a las reglas destinadas a evitar los abordajes” (**Elementos de Derecho Internacional Privado**, Cuarta Edición corregida y aumentada, Madrid, Librería de Fernando Fe, 1913, pp. 146-147). Algunos otros informes se encuentran en artículos incluidos en el libro, **El Derecho Internacional Privado Español anterior al Código Civil de 1889**, Zaragoza, 1968, Talleres Editoriales “El Noticiero, S.A.”, escritos por: **Luis García Arias**, *El Derecho internacional privado español anterior al Código Civil de 1889 y los proyectos de reforma del vigente sistema conflictual español*, pp. 13-14ñ y **Enrique Boudet García**, *El sistema de Derecho conflictual elaborado y determinado en los Congresos jurídicos iberos del último tercio del siglo XIX*, pp. 167-168.

²⁹² **Congreso Jurídico Ibero-Americano reunido en Madrid el año 1892**, Madrid, 1893, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, pp. 157-235; 389-410; 446-447; 451. En esa misma oportunidad también se examinaron los siguientes asuntos: *Bases, conveniencia y alcance del arbitraje internacional para resolver las cuestiones que surjan o estén pendientes entre España, Portugal y los Estados latino-americanos. Forma de hacer eficaz este arbitraje* (Tema Uno); *Bases para una legislación internacional común a España, Portugal y las Repúblicas ibero-americanas, sobre propiedad literaria, artística e industrial* (Tema Tercero); y *Abordajes y Auxilios en alta mar entre buques de distintas naciones. Legislación, competencia y procedimiento para hacer efectivas las consecuencias jurídicas de estos hechos* (Tema Cuarto).

El cumplimiento electrónico de obligaciones dinerarias

Mariliana RICO CARRILLO*

SUMARIO:

Introducción

1. **Cumplimiento y pago: precisión de conceptos.**
2. **Las obligaciones dinerarias.**
3. **Nuevas formas de cumplimiento: el pago mediante dinero electrónico: 3.1 *Transferencias electrónicas de fondos:* 3.1.1 Concepto. 3.1.2 Regulación. 3.2 *Dinero electrónico y medios de pago:* 3.2.1 Marco conceptual. 3.2.2 Regulación. 3.2.3 Las distintas categorías: 3.2.3.1 Tarjetas electrónicas. 3.2.3.2 Cheques electrónicos. 3.2.3.3 Cartas de crédito electrónicas. 3.3 *El dinero efectivo electrónico:* 3.3.1 Concepto y clasificación. 3.3.2 Procedimiento de emisión. 3.3.3 Regulación.**

* **Universidad Católica del Táchira** Especialista en Derecho Mercantil y Derecho de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Profesor Agregado, *Centro de Investigaciones en Nuevas Tecnologías*, Directora. **Universidad Carlos III**, Madrid, Reino de España, Doctora en Derecho, mención Cum Laude, Profesora Invitada. **Universidad de Los Andes**, Bogotá, Colombia, Profesora Invitada. **Asociación Venezolana de Derecho Informático y Nuevas Tecnologías**, Vicepresidenta. **Asociación Argentina de Derecho de la Sociedad de la Información**, Miembro Honorario. mrico@der-pr.uc3m.es, mrico@cantv.net.

- 4. El cumplimiento electrónico de las obligaciones dinerarias: 4.1**
El momento de cumplimiento y la ejecución de la transferencia. 4.2
Efectos del cumplimiento: 4.2.1 El pago realizado mediante tarjetas:
4.2.1.1 Tarjetas de crédito. **4.2.1.2** Tarjetas de débito. **4.2.1.3** Tarjetas
prepagadas. **4.2.2** El pago mediante cheques electrónicos. **4.2.3** El pago
a través de cartas de crédito electrónicas. **4.2.4** El pago con dinero
efectivo electrónico
- 5. Admisión legal del pago efectuado a través de medios electrónicos.**

INTRODUCCIÓN

En sus orígenes, el cumplimiento de las obligaciones dinerarias se llevaba a cabo mediante la entrega de dinero de curso legal (billetes y monedas en circulación, acuñadas por los distintos Bancos Centrales de los Estados). La evolución social, marcada principalmente por el desarrollo y la internacionalización de los mercados, el crecimiento demográfico y los avances tecnológicos, determinó la necesidad de diseñar nuevos instrumentos que facilitasen el cumplimiento de obligaciones monetarias y aminorasen el riesgo que supone la movilización de grandes cantidades de dinero efectivo. Surgen en primer lugar, los títulos-valores como soportes representativos del dinero (letras de cambio y cheques); en un estado más avanzado se habla de “dinero de plástico” para hacer referencia al pago con tarjetas en sus distintas tipologías (crédito, débito y tarjetas prepagadas). En la sociedad actual, caracterizada por el avance tecnológico y el desarrollo de las Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones, hablamos de una nueva forma de representación del signo monetario: el dinero electrónico.

El pago a través de instrumentos electrónicos se generaliza en los últimos años gracias al auge de Internet y del comercio electrónico realizado a través de este medio, situación que ha puesto de manifiesto la necesidad de diseñar mecanismos de pago adecuados al entorno donde se realiza la operación. Estas nuevas formas de cumplimiento de las obligaciones dinerarias exigen un estudio desde el punto de vista jurídico a objeto de determinar sus efectos y su valor legal, ésta es la intención que se persigue en el presente trabajo, estructurado básicamente alrededor de tres aspectos: en primer lugar, abordamos dos consideraciones de orden general, aludiendo al cumplimiento de las obligaciones en general y a las obligaciones dinerarias; seguidamente pasamos al estudio de las nuevas formas de cumplimiento de este tipo de obligaciones para finalizar con una mención a los efectos y a la admisión legal del cumplimiento electrónico de las obligaciones de dinero, cuando ésta tiene lugar a través de Internet.

En el marco de la investigación se hace referencia a la legislación internacional, particularmente a las normas del Derecho Uniforme del Comercio Internacional provenientes de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) relativas Transferencias Electrónicas de Fondos. También nos centramos en el estudio de las normas del Derecho comunitario europeo, sistema jurídico que cuenta con diversos textos que regulan el uso y la emisión de los medios electrónicos de pago. En Venezuela encontramos algunas disposiciones aisladas que se refieren a esta forma de pago, en la mayoría de los casos, el uso de estos instrumentos tiene su base en los acuerdos contractuales que rodean las transacciones bancarias, también son aplicables las normas del Código Civil y del Código de Comercio que regulan el cumplimiento de las obligaciones.

1. CUMPLIMIENTO Y PAGO: PRECISIÓN DE CONCEPTOS

En un sentido estricto, el pago de la obligación consiste en la ejecución de la prestación debida en virtud de la relación obligatoria,¹ desde este punto de vista, el pago se identifica con el cumplimiento del deber jurídico del deudor de cualquier tipo de obligación, bien se trate una obligación de dar, hacer o no hacer. No obstante esta identidad, con la expresión “pago”, se alude comúnmente al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias.²

En general, el cumplimiento de la obligación debe producir tres efectos: la liberación del deudor, la satisfacción del acreedor y la extinción de la obligación. En algunas ocasiones estos efectos no ocurren de manera simultánea, el deudor puede liberarse de la obligación sin que se produzca inmediatamente la satisfacción del acreedor, tal como sucede en el caso del pago mediante cheques o tarjetas de crédito, donde el acreedor debe esperar que se produzca el pago en dinero efectivo del instrumento (si se trata de un cheque) o el abono en cuenta (en el caso de la tarjeta) para ver satisfecha su acreencia, de allí que se establezcan diferencias entre pago y cumplimiento,

¹ Díez-Picazo: Luis, *Sistema de Derecho civil*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 1989, 6ª edición, p. 178.

² Orduña Moreno indica que la expresión pago, aun cuando se identifica con cumplimiento, en ciertas ocasiones contiene alguna nota de especialidad según el objeto de la prestación, empleándose preferentemente, al cumplimiento de las deudas pecuniarias. *Vid* Orduña Moreno, J.: en Valpuesta Fernández, María, *Derecho Civil: Obligaciones y Contratos* (Coord.), Tiranch Lo Blanch, Valencia, 1998, p. 132

empleándose este término para hacer referencia al momento en que se satisface el crédito del acreedor³ y se verifica la extinción de la obligación.

2. LAS OBLIGACIONES DINERARIAS

Las obligaciones dinerarias, también denominadas pecuniarias, de dinero, monetarias o simplemente deudas de dinero, se presentan en relaciones jurídicas de diversa naturaleza (contratos de compraventa, préstamo de dinero, contratos de obra y/o prestación de servicios, arrendamientos, pago de salarios, etc.), donde el deudor asume la obligación de entregar al acreedor una cantidad determinada de dinero.

Inicialmente el pago de las obligaciones monetarias sólo era posible a través de dinero de curso legal, en esta etapa, el concepto de dinero, jurídicamente hablando, se restringía únicamente al dinero efectivo (billetes y monedas). En su concepción moderna, el dinero no se identifica con el efectivo, también entran en esta definición los denominados signos representativos del dinero (cheques, letras de cambio, transferencias de fondos, depósitos a la vista, tarjetas, dinero electrónico, etc.); esta evolución ha hecho que el concepto de dinero, desde un punto de vista jurídico, se delimite por su función como medio de pago, definiéndose de manera amplia como “...todo aquello que, con fundamento legal, sirve como medio de pago de una obligación pecuniaria”.⁴

El cumplimiento de las obligaciones de carácter pecuniario se rige por el principio nominalístico, según el cual el deudor se libera de su obligación entregando la cantidad numérica convenida. En España, esta máxima se encuentra contenida en el artículo 1170 del CC que señala: “*El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada, y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España. La entrega de pagarés a la orden, o de letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hayan sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva que-*

³ La doctrina venezolana distingue entre los conceptos pago y cumplimiento, entendiendo por pago la conducta del deudor que se concreta en los actos realizados por éste para dar cumplimiento a la prestación. Para este sector, la expresión “cumplimiento” se refiere a la satisfacción del derecho de crédito del acreedor Rodner, James-Otis: *El dinero, la inflación y las deudas de valor*, Caracas, 1995, p. 198

⁴ *Ibid.*, p. 190.

dará en suspenso”. Según lo dispuesto en este artículo, en las deudas de dinero, el deudor queda obligado a proporcionar al acreedor la cantidad de dinero indicada en la obligación asumida, suma que puede suministrarse en dinero efectivo o mediante los documentos indicados en las citadas disposiciones. En Venezuela no existe una norma expresa que se refiera al cumplimiento de deudas de dinero en general, el principio nominalístico lo encontramos en el artículo 1.737 del CC que regula el contrato de mutuo al indicar: *“La obligación que resulta del préstamo de una cantidad de dinero, es siempre la de restituir la cantidad numéricamente expresada en el contrato”*. Respecto al pago mediante signos representativos del dinero, el CCo admite la posibilidad cumplir obligaciones a través de documentos negociables (Art. 121).

3. NUEVAS FORMAS DE CUMPLIMIENTO: EL PAGO MEDIANTE DINERO ELECTRÓNICO

La evolución de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones ha producido una revolución en la sociedad en general, hoy en día es común la utilización de términos como “aldea global”, “sociedad de la información”, “economía digital”, etc. La influencia de la electrónica en el ámbito de las negociaciones comerciales y el elevado número de transacciones realizadas en este ámbito, exigieron el desarrollo de nuevas formas que facilitasen el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias, cada día se generaliza más el uso de medios electrónicos de pago para satisfacer este tipo obligaciones.

Cuando realizamos una operación de pago a través de un medio electrónico, lo que hacemos en general es girar una instrucción a un banco para que deposite unos fondos en la cuenta de otra persona, estamos traspasando un valor monetario de una cuenta a otra sin entregar el dinero ni un título representativo de éste en forma física. En el caso del pago mediante tarjetas, el aceptante del instrumento envía a través de un sistema electrónico, una petición al emisor o adquirente de la tarjeta para que éste autorice el pago y acredite en la cuenta del acreedor el importe de la venta; lo mismo podemos decir en el caso de los cheques electrónicos, configurados como una orden de pago mediante la cual se transfieren fondos de la cuenta del ordenante a la cuenta del beneficiario; de igual manera, si deseamos realizar un pago con dinero efectivo electrónico debemos transferir previamente a la operación de pago, dinero de nuestra cuenta a un dispositivo electrónico para almacenarlo allí y luego entregarlo en pago de los productos adquiridos.

3.1 LAS TRANSFERENCIAS ELECTRÓNICAS DE FONDOS (TEF)

El pago a través de medios electrónicos tiene su origen en las TEF. En principio este tipo de transferencias se desarrollaba únicamente en los sistemas de compensación electrónica propios del ámbito interbancario y se regía por acuerdos contractuales suscritos entre las distintas instituciones. El desarrollo de las negociaciones internacionales y la necesidad de los contratantes de proveerse de un sistema de pago seguro, garantizado por la intermediación bancaria, hicieron de este medio un instrumento de uso en el sector comercial (extra bancario), de allí surge la necesidad de regular el sistema de las TEF con la finalidad de establecer las obligaciones y responsabilidades de cada uno de los participantes en la operación.

3.1.1 Concepto

En su acepción general las TEF abarcan todo tipo de envío de fondos realizado por vía electrónica. En Estados Unidos, el concepto de TEF lo encontramos en el texto de la *Electronic Fund Transfer Act*, de 1978 (EFTA). De acuerdo con esta norma, las TEF son transferencias de fondos distintas de una transacción originada por un cheque, orden de pago o similar instrumento de papel que se inicia en un terminal electrónico, instrumento telefónico, computador o cinta magnética de manera que ordene, mande o autorice a una institución financiera para cargar o acreditar en una cuenta. Tal término incluye, pero no se limita, a una transferencia de punto de venta, cajeros automáticos, depósitos o retirada de fondos o transferencias por teléfono.⁵ Como bien puede observarse, lo importante para configurar la TEF es la eliminación del soporte papel y la intervención de un medio electrónico para ejecutarla.

3.1.2 Regulación

En Estados Unidos, las TEF son reguladas por primera vez en la EFTA, sancionada por el Congreso el 10 de noviembre de 1978 e implementada a través de un reglamento específico denominado “*Regulation E*” de la *Federal Reserve Board*. La EFTA se promulga con el objeto de proteger los intereses particulares de los consumidores usuarios de los sistemas de TEF y se encarga de regular, entre otros aspectos, las relaciones contractuales entre las instituciones de crédito y sus clientes para el servicio de las TEF, las obliga-

⁵ El texto de la EFTA en español puede consultarse en Giannantonio, E: *Transferencias electrónicas de fondos y autonomía privada*, Depalma, Buenos Aires, 1990, pp. 99-172.

ciones del banco frente a sus clientes y los deberes de éstos frente a la institución financiera, de igual manera se establece el régimen de responsabilidad de la institución por el incumplimiento de una orden de TEF.⁶ Uno de los aspectos más importantes de la EFTA es la regulación que se establece en materia de tarjetas sobre la responsabilidad del consumidor en el uso de la tarjeta y sobre la prohibición de emisión de tarjetas no solicitadas.

En el Derecho comunitario, las transferencias de fondos en general son reguladas por la Directiva 97/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de enero de 1997 relativa a las transferencias transfronterizas, dictada con objeto regular las transferencias realizadas por los particulares y las pequeñas y medianas empresas efectuadas en cualquiera de las divisas de los Estados que forman parte de la Unión Europea.

En el ámbito internacional, la CNUDMI ha elaborado la Ley Modelo sobre Transferencias Internacionales de Crédito con el objetivo de armonizar las prácticas internacionales y lograr una normativa uniforme en la materia. Esta ley se dicta con la finalidad de atender al cambio que se había producido en la forma de efectuar transferencias internacionales de fondos, derivado de la creciente utilización de medios electrónicos. En el marco de este instrumento se regulan las transferencias bancarias, estableciendo los deberes, obligaciones y responsabilidades de los bancos que intervienen en el sistema de las TEF, se determinan los plazos para aceptación, rechazo y cumplimiento de la transferencia y las consecuencias de las transferencias de fallidas, erróneas o tardías.

En Venezuela el uso de las TEF se menciona en la Ley de General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (LGBOIF), reformada en el año 2001.⁷ El artículo 67 de esta Ley define en forma amplia la transferencia de fondos al

⁶ Al lado de la regulación de la EFTA, existe la regulación contenida en el artículo 4A del *Uniform Commercial Code* que regula las transferencias de fondos de elevada cuantía que generalmente se compensan y liquidan en las cámaras de compensación bancaria. La diferencia entre ambos cuerpos legales se advierte en un doble aspecto, en primer lugar, la EFTA como ley federal, es aplicable a todos los estados de la Unión mientras que el ámbito de aplicación del artículo 4A se restringe a aquellos que lo hayan adoptado; de otro lado, la EFTA está encaminada principalmente a proteger los derechos de los consumidores en tanto que el artículo 4A del UCC se dirige a regular las transacciones de mayor cuantía generalmente ejecutadas entre empresas o instituciones financieras. *Vid.* Perales Viscasillas, Pilar: *Transferencias bancarias: Directiva 97/5/CE, Ley Modelo de UNCITRAL y Artículo 4A UCC*", en *Derecho de los Negocios*, N° 88, p. 3.

⁷ Decreto con fuerza de Ley de reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, publicado en la *Gaceta Oficial* N° 5.555 (Extraordinario) de 13 de noviembre de 2001

indicar que se entenderá como tal “... la operación realizada por los bancos, entidades de ahorro y préstamo, y otras instituciones financieras, mediante la cual dichos entes ejecuten una orden de pago efectuada a través de medios escritos, magnéticos, telefónicos o electrónicos, dentro o fuera del país”. De acuerdo con el artículo 69, los entes que ejecuten operaciones de transferencia de fondos, deberán cumplir con las disposiciones que al efecto dicte la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras sobre la materia, sin perjuicio de las disposiciones establecidas por el Banco Central de Venezuela. En la mayoría de los casos las TEF se regulan a través de los contratos bancarios suscritos entre la institución financiera y sus clientes

3.2 DINERO ELECTRÓNICO Y MEDIOS DE PAGO

3.2.1 Marco conceptual

Existe una estrecha vinculación entre estas dos nociones, cuando hablamos de dinero electrónico, en sentido amplio, se hace referencia a los distintos medios electrónicos de pago que pueden ser utilizados para dar cumplimiento a las obligaciones monetarias.

El concepto de medios electrónicos de pago en el ámbito del Derecho europeo lo encontramos en la Recomendación 97/489/CE⁸ relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos, que entiende por tales “...aquellos que permiten efectuar transferencias de fondos, retirar dinero en efectivo y la carga de un instrumento de dinero electrónico en los cajeros automáticos, y el acceso a los fondos de la cuenta en una entidad (instrumentos de pago de acceso a distancia)”. Como podemos observar, el concepto de los medios electrónicos de pago tiene su base en el funcionamiento de las TEF.

El concepto de dinero electrónico es un concepto que se estudia desde dos puntos de vista. En sentido amplio, la noción dinero electrónico se refiere cualquier sistema de pago que requiera para su funcionamiento una tecnología electrónica, abarcando esta denominación, las tarjetas electrónicas, los títulos valores electrónicos (cheques y letras de cambio), las cartas de crédito electrónicas, el dinero efectivo electrónico, así como cualquier otra forma de pago que implique la existencia de un medio electrónico para ha-

⁸ DOCE L 208 de 02 de agosto de 1997.

cerse efectivo. Desde un punto de vista más restringido, el dinero electrónico se identifica con el “dinero efectivo electrónico” o dinero digital, utilizándose esta expresión únicamente para referirse a las monedas y billetes electrónicos como sustitutos del dinero metálico o del papel moneda tradicionalmente conocido.

3.2.2 Regulación

Al basar su funcionamiento en una transferencia, los medios electrónicos de pago encuentran su base en la normativa que rige las TEF. No obstante esta regulación, la preocupación por establecer las bases legales para la emisión y el empleo del dinero electrónico como medio de pago, se ha hecho sentir sobre todo en el ámbito comunitario, donde existen diversos textos (Directivas, Recomendaciones, Informes, etc.) que se han ocupado de esta materia.

En la regulación específica del dinero efectivo electrónico, es de destacar la adopción de la Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades,⁹ (conocida comúnmente como Directiva sobre entidades de dinero electrónico), como único texto legal sistematizado orientado a regular la emisión del dinero efectivo electrónico. La normativa contenida en la Directiva citada, establece un marco reglamentario orientado hacia el reconocimiento mutuo de la autorización y supervisión cautelar de las entidades emisoras de dinero electrónico que operan dentro del territorio comunitario, a través del establecimiento de una licencia única con supervisión en el Estado de origen, de modo que permita aprovechar las ventajas derivadas de la utilización del dinero electrónico y fomentar su uso.

En Venezuela no existe una norma especial que regule los medios electrónicos de pago, recientemente se ha incluido una disposición relacionada con el pago electrónico en la reforma de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario (LPCU) de mayo de 2004,¹⁰ orientada a proteger a los usuarios de estos instrumentos. De acuerdo con el artículo 40 de la LPCU, a los consumidores se les deberá proporcionar mecanismos fáciles y seguros de pago, así como información acerca del nivel de seguridad de los mismos, indicando suficientemente las limitaciones al riesgo originado por el uso de sistemas de pago no autorizados o fraudulentos, así como las medidas de reembolso o correspon-

⁹ DOCE L 275 de 27 de octubre de 2000.

¹⁰ *Gaceta Oficial* N° 37.930 del 04 de mayo de 2004.

sabilidad entre el proveedor y el emisor de tarjetas de crédito. Los proveedores están obligados a mantener un registro electrónico o por otros medios de estos pagos, con su respaldo de seguridad respectivo, durante el tiempo que establezcan las leyes respectivas, luego de la realización de la compra.

3.2.3 *Las distintas categorías*

El desarrollo de Internet y las negociaciones comerciales en este ámbito han puesto de manifiesto la necesidad de diseñar instrumentos de pago adecuados al entorno donde se realiza la operación, hablamos de medios electrónicos de pago distintos de la tradicional TEF (tarjetas virtuales, cheques electrónicos, dinero efectivo electrónico) o de nuevos usos en sistemas ya conocidos como sucede en las cartas de crédito.

3.2.3.1 *Las tarjetas electrónicas*

Siguiendo la orientación europea contenida en la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 12 de enero de 1987, una nueva baza para Europa: las tarjetas de pago electrónicas, utilizamos el término tarjetas electrónicas para referirnos a las distintas categorías de tarjetas (crédito, débito, prepago) que facilitan el cumplimiento de las obligaciones dinerarias.

En Internet podemos realizar pagos con las tradicionales tarjetas de crédito y débito, el desarrollo tecnológico y la necesidad de proveer a los usuarios de mecanismos de pago seguros ha motivado la aparición de nuevas tarjetas: los monederos electrónicos, de uso tanto en el comercio físico como en Internet y las tarjetas diseñadas en forma específica para realizar pagos en la Red, comúnmente conocidas como tarjetas virtuales.

a) Los monederos electrónicos.

Se trata de instrumentos prepagados que permiten almacenar unidades monetarias en un microchips con la finalidad de realizar pequeños pagos, (cabinas telefónicas, taxis, kioscos, bares, pequeños comercios de alimentación) donde hasta ahora no se aceptaba la tradicional tarjeta de crédito y el consumidor debía realizar los pagos en efectivo.

El funcionamiento de los monederos electrónicos implica el almacenamiento, previo a su uso, de una determinada cantidad de dinero a voluntad del titular de la tarjeta mediante una transferencia de la cuenta bancaria del usuario del monedero. Las tarjetas monedero han venido empleándose en sectores específicos, tal es el caso de las tarjetas telefónicas con valor prepago, el

emisor de las tarjetas pone el instrumento a disposición de los usuarios quienes la adquieren en el mercado para usarlas exclusivamente en la empresa que las emite, tal es el caso de las tarjetas CANTV.

Las tarjetas monedero emitidas por las instituciones financieras ofrecen nuevas alternativas de pago, su uso es más amplio que los monederos telefónicos, ya que los titulares de estos instrumentos pueden adquirir los productos y servicios de cualquier proveedor que se adhiera al sistema. El uso de esta tarjeta requiere un dispositivo especial que permite el registro de la operación y la deducción del saldo, situación que en principio limitaba el uso de esta tarjeta en Internet. Hoy en día es factible hacer pagos en la Red a través de monederos electrónicos mediante la instalación de lectores de las tarjetas que se conectan a los computadores de los usuarios, el importe de las operaciones se registra tanto en la tarjeta a través de microchips, como en los registros informáticos del banco.

El uso de los monederos electrónicos en Internet permite hacer pagos sin enviar el número de la tarjeta, de manera que ninguna persona pueda apropiarse de los datos del instrumento de pago. El sistema se basa en el uso de algoritmos criptográficos que permiten la identificación del usuario a través del microprocesador, una vez insertada la tarjeta en el lector, se teclea la clave del usuario y se autoriza el pago.

b) Las tarjetas virtuales

Estas tarjetas carecen del soporte físico (el plástico), donde normalmente se documentan estos instrumentos y se han diseñado específicamente para realizar pagos en Internet,¹¹ su funcionamiento se basa en una combinación de números y claves que permiten la identificación de los usuarios y aseguran la confidencialidad de la transacción.

En España, Banesto fue la primera institución que lanzó al mercado la tarjeta *Virtual Cash*, diseñada como un monedero electrónico de uso en Internet. La representación de la tarjeta es virtual, el instrumento no incorpora microchips, ni bandas magnéticas, sólo un número que sirve para cargarla en el cajero, tampoco está vinculada a una cuenta corriente y se puede soli-

¹¹ Aun cuando para el pago en el comercio electrónico en Internet no es necesaria la configuración de una tarjeta especial en el sentido que podemos pagar con las tradicionales tarjetas de crédito, débito o compra, las numerosas reclamaciones de los clientes por el uso fraudulento de las tarjetas, impulsaron a las diferentes instituciones financieras y propietarias de las marcas que emiten las tarjetas a trabajar en el diseño de tarjetas especiales para su uso específico en Internet.

citar *on line*, el mecanismo de pago se basa en el número asignado a la tarjeta y la clave secreta que se utiliza para el recargo con la tarjeta de crédito o débito del cliente.

En Venezuela, el Banco Mercantil presta el servicio a través de la tarjeta *e-card*,¹² el uso de instrumentos de este tipo encuentra su fundamento legal en las disposiciones del Capítulo IV de la LGBOIF, que regula los servicios bancarios virtuales, incluyendo dentro de éstos, los servicios “desmaterializados”, entendiendo por tales los que se presten al público “...a través de medios en los cuales el soporte documental se encuentre desmaterializado”.

3.2.3.2 Cheques electrónicos

El cheque electrónico¹³ es un instrumento de pago creado a finales de los 90,¹⁴ diseñado con la finalidad de facilitar los pagos a través de redes de comunicación. En materia de cheques electrónicos susceptibles de uso en Internet, existen en la actualidad dos proyectos oficiales: el proyecto FSTC (*Financial Services Technology Consortium*) en Estados Unidos y el Proyecto MANDATE (*Managing and Adminstrating Negotiable Documents and Trading them Electronically*) en Europa.¹⁵ Al lado de estos proyectos existen diversas iniciativas de las grandes empresas y compañías informáticas para facilitar el pago de las compras a través de Internet en los que cabe resaltar el uso de *Net Check*, el *Cashier Check* y el *Check Free*.

En líneas generales, el funcionamiento de los citados proyectos se basa en la sustitución del soporte tradicional del cheque —el papel— por un soporte electrónico que permite emitir y enviar el cheque a través de la Red; de igual forma, el tradicional talonario de cheques se sustituye por una chequera elec-

¹² Vid. <http://www.bancomercantil.com/actual/servicios/e-card/prepago/>

¹³ El funcionamiento del cheque electrónico y su régimen jurídico ha sido objeto de estudios anteriores. Un análisis amplio de este instrumento puede consultarse en Rico Carrillo, M: *La desmaterialización de los títulos cambiarios: cheques y letras de cambio electrónicas*. Temas de Derecho Mercantil, Libro Homenaje a Jorge Núñez, Colección Libros Homenaje del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004.

¹⁴ La primera transacción efectuada en el marco de un programa piloto con cheques electrónicos tuvo lugar en 1998 en Estados Unidos a través del sistema desarrollado por el FSTC durante el desarrollo del programa, el Ministerio de Hacienda de los Estados Unidos en cooperación con grupo de empresas bancarias y de nuevas tecnologías, efectuó un pago por un valor de 32.000 dólares a través de un cheque que fue enviado vía e-mail desde las arcas del Ministerio a la Fuerza Aérea de los Estados Unidos, siendo gestionado por el *BankBoston* y el *NationsBank* y procesado a través de la Reserva Federal de los Estados Unidos.

¹⁵ Sobre el funcionamiento y contenido de tales proyectos, Vid. Ramos Herranz, I., *Cheques electrónicos*, en *Revista de Derecho Mercantil*, No. 229, julio-septiembre, 1998, pp. 1223-1249.

trónica de bolsillo contenida en una tarjeta electrónica. La seguridad de estos sistemas se basa en el uso de algoritmos criptográficos que permiten garantizar la integridad de los datos contenidos en el cheque, evitar las duplicaciones y mantener oculto el número de cuenta del librador.

En Venezuela, el fundamento legal para el uso del cheque electrónico lo encontramos en la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas 2001.¹⁶ De acuerdo con el artículo 4 de esta Ley, los mensajes de datos tendrán la misma eficacia probatoria que la ley otorga a los documentos escritos. En relación con la firma electrónica, el artículo 16 establece que la firma electrónica que permita vincular al signatario con el mensaje de datos y atribuir autoría a éste, tendrá la misma eficacia probatoria que la ley otorga a la firma autógrafa. Si bien es cierto que el CCo exige la firma manuscrita del librador del cheque, las normas contenidas en la LMDFE permiten la sustitución de la firma manuscrita por una firma electrónica, siempre que se cumplan las condiciones exigidas en el mencionado artículo.

El uso del cheque electrónico debe ser pactado con el banco o entidad financiera y debe insertarse dentro del contrato de cuenta corriente de igual forma como se pacta el uso del cheque tradicional, ya que en virtud de este contrato es que la entidad se obliga a satisfacer el importe del cheque. Debe existir una cláusula en el contrato que permita la emisión y presentación cheques mediante el uso de la firma electrónica.

3.2.3.3 *Cartas de crédito electrónicas*

La carta de crédito es un instrumento de gran difusión y uso en el comercio internacional, destinado a facilitar los pagos entre compradores y vendedores generalmente desconocidos y separados por una distancia física considerable. La intervención de la entidad financiera que emite la carta de crédito proporciona confianza a la negociación, asegurando el pago al vendedor. Al ser la carta de crédito un instrumento que facilita el cumplimiento de la obligación de pago entre personas desconocidas resulta un medio de pago ideal en el ámbito del comercio electrónico entre empresarios.

El tratamiento electrónico de las cartas de crédito no es nuevo, desde hace ya varios años que la carta de crédito se transmite en forma electrónica gracias al sistema SWIFT (*Society for Worldwide Interbank Financial Tele-*

¹⁶ *Gaceta Oficial* N° 37.148 de 28 de febrero de 2001.

communications, diseñado específicamente para la transmisión de este instrumento en el sector interbancario.¹⁷

El uso de las cartas de crédito ha sido regulado por la Cámara de Comercio Internacional en el marco de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, publicadas por primera vez en 1933. La última versión de estas normas data de 1993 y se conoce por sus abreviaturas RUU 500 (en español) o UCP 500 (en inglés).¹⁸ En esta revisión se puso de manifiesto la necesidad de una actualización de las reglas de acuerdo con la nueva tecnología, permitiendo el uso de sistemas de telecomunicación y medios computarizados para la transmisión, envío y firma de documentos.¹⁹ Durante el año 2001, como complemento de los RUU 500, la CCI publicó un suplemento para la presentación electrónica de documentos (*Supplement to UCP 500 for Electronic Presentation*), comúnmente conocido como eUCP, o RUUe.

El uso de Internet en el sector bancario permite que la gestión de las cartas de crédito sea electrónica en su totalidad. Anteriormente el ordenante del instrumento debía dirigirse a la institución financiera a solicitar la apertura del crédito documentario, hoy en día el traslado físico puede ser suprimido a través de una comunicación vía Internet. El cliente, una vez identificado con las claves suministradas por la institución financiera, puede solicitar la emisión electrónica de la carta de crédito a favor de una persona determinada.

3.3 EL DINERO EFECTIVO ELECTRÓNICO

El uso del dinero efectivo electrónico ha surgido recientemente como una alternativa a los pagos realizados con tarjetas, ya que muchos usuarios de Internet se abstienen de realizar sus compras con este instrumento por la facilidad de rastrear la compra, sus nombres, números de tarjetas, gustos, preferencias, etc. El dinero electrónico aporta un elemento adicional de seguridad, al no dejar rastros de la compra, ya que en principio es anónimo.

¹⁷ Vid. Kozolchyk, Boris: *Cartas de crédito electrónicas*, en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil*, Homenaje a Evelio Verdera, Madrid, tomo II, 1994, pp. 1421-1451.

¹⁸ *Uniform Customs and Practices for Documentary Credits*

¹⁹ A tal efecto, el artículo 11 permite el uso de las telecomunicaciones en el aviso del crédito de parte del banco emisor al banco avisador sin necesidad de confirmación, requisito que era exigido bajo la vigencia de las RUU de 1983. De otra parte, el artículo 20 establece en forma expresa la posibilidad de aceptación de parte del banco, de documentos emitidos por sistemas computarizados y/o firmados por cualquier medio electrónico de autenticación.

3.3.1 Concepto y clasificación

En las normas europeas se distinguen dos tipos de dinero efectivo electrónico: el dinero contenido en una tarjeta –los monederos electrónicos– y el dinero efectivo generado a través de un software. El artículo 1 de la Directiva sobre entidades de dinero electrónico define este instrumento como un valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor: *a) almacenado en un soporte electrónico, b) emitido al recibir fondos de un importe cuyo valor no será inferior al valor monetario emitido, y c) aceptado como medio de pago por empresas distintas del emisor*. En términos de la propia Directiva, el dinero electrónico se considera “...como un substitutivo electrónico de las monedas y los billetes de banco, almacenado en un soporte electrónico como, por ejemplo, una tarjeta inteligente o la memoria de un computador y que, en general, está pensado para efectuar pagos electrónicos de cuantía limitada”.

En la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social sobre un Marco de actuación para la lucha contra el fraude y la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo, también se advierte esta diferenciación. Este texto se refiere a los “instrumentos electrónicos con valor almacenado” incluyendo en esta categoría, las tarjetas prepagadas y el dinero electrónico basado en un programa informático.

3.3.2 Procedimiento de emisión

Nos referimos en esta oportunidad al dinero efectivo electrónico generado a través de un programa informático. Para proceder a la emisión es necesario tener una cuenta bancaria en una institución financiera, ya que son los fondos de esa cuenta los que permiten a su titular crear dinero electrónico.

Con el software apropiado se puede transferir dinero de la propia cuenta bancaria a través de Internet al disco duro del computador. En los billetes electrónicos, el papel moneda se sustituye por un conjunto de bits representativos de un determinado valor denominados *tokens*, que se almacenan en ficheros del disco duro del computador y que pueden transferirse a través de la Red a cambio de un producto o servicio. Para tener validez, los tokens deben ser similares al dinero metálico o de papel, así como en los billetes y monedas tradicionales el banco se compromete a su reconocimiento por un valor determinado, de la misma manera los billetes y monedas electrónicas deben estar respaldados por un determinado valor, tratándose en este caso de un valor prepagado, siendo la institución financiera la encargada de autenticar

su emisión. También deben reunir las mismas características de identificación de sus homólogos en papel: 1) estar identificados con un número de serie único; 2) contener el valor nominal; 3) estar fechados; y 4) firmados por la entidad emisora. Para certificar su valor, el banco emisor firma los tokens con su firma digital y carga en la cuenta del usuario la cantidad de dinero real correspondiente al dinero digital generado.

Uno de los principales problemas que se presentan con el uso de este sistema es la facilidad de copiar el billete emitido electrónicamente y la posibilidad de cobrar el mismo billete más de una vez. Estos problemas se solucionan en principio, con la ayuda de técnicas criptográficas en la generación del dinero electrónico y con un control exhaustivo de parte de la institución financiera que respalda la emisión del dinero electrónico.

Uno de los sistemas de dinero efectivo electrónico que más éxito ha tenido en el mercado ha sido *E-Cash*, gestionado por la empresa holandesa *Digi-Cash*. Para usar *E-Cash* tanto el comprador como el vendedor necesitan tener abierta una cuenta en uno de los bancos que emiten el dinero electrónico,²⁰ la propia institución financiera facilita el software de emisión del dinero.

En el momento de generar el billete, el usuario le asigna un valor nominal y un número de serie (el software está programado para generar números de serie aleatorios suficientemente largos para evitar la duplicidad en la generación de los billetes), lo firma y lo envía a la institución financiera, quien luego de verificar el número de la cuenta del usuario y la disponibilidad de fondos, procede a firmar el billete con una clave, certificando el valor nominal solicitado, y se lo envía al usuario. Una vez que el usuario ha recibido el billete firmado por el banco, lo puede almacenar en una billetera electrónica o lo puede usar inmediatamente para pagar sus compras en los establecimientos adheridos al sistema. El comerciante, al recibir el billete, lo envía a la entidad emisora y ésta, una vez que ha comprobado la autenticidad de la moneda, acredita el valor del billete en la cuenta del comerciante. Para evitar que el billete sea cobrado dos veces, el banco emisor debe contar con una base de datos que le permita verificar los números de serie de los billetes que han sido pagados.

El problema que se presenta con este procedimiento es que no garantiza en forma absoluta el anonimato del billete, pues el banco siempre sabrá la serie

²⁰ Deutsche Bank, en Alemania, Swiss NetPay AG en Suiza, St. George Bank en Australia y el Bank Austria en Austria son los principales bancos en el mundo que han emitido *E-Cash*.

de billete que ha firmado y a quién se lo ha firmado, pudiendo conocer, gracias a estos datos, cuándo, cómo y dónde fue gastado el billete. Para solucionar esta situación se ha ideado el sistema de la “firma digital a ciegas”, mediante el cual el usuario, antes de enviar la moneda para que la firme el banco, multiplica el número de serie por un factor conocido como “factor ciego” con la finalidad de ocultar el verdadero número de serie del billete electrónico, siendo imposible relacionar el número de serie del billete con el número obtenido después de aplicar el factor, ya que sólo el usuario conoce el factor. Cuando el usuario recibe el billete divide el número firmado por el banco aplicando el mismo coeficiente que utilizó para generarlo, obteniendo así el número de serie oculto. De esta manera es imposible conocer quién ha gastado el billete, ya que el banco cuando firmó el billete sólo sabía que se trataba de un billete de un determinado valor solicitado por uno de sus clientes.²¹

3.3.3 Regulación

En Europa la emisión del dinero efectivo electrónico está regulada por la Directiva 2000/46/CE sobre entidades de dinero electrónico. En el marco de este instrumento se establecen los requisitos que deben cumplir las entidades que se dediquen a emitir dinero electrónico. Las entidades autorizadas para la emisión se agrupan en dos categorías: entidades de crédito y las entidades de dinero electrónico propiamente dichas. De acuerdo con los principios establecidos en el artículo 1 texto de la Directiva, una entidad de dinero electrónico es una empresa o cualquier otra persona jurídica, distinta de una entidad de crédito, que emite medios de pago en forma de dinero electrónico.

Uno de los aspectos más importantes que se exigen a las entidades que se encargan de emitir dinero electrónico, es la obligación de reembolso. El dinero electrónico se concibe como un sustituto electrónico de las monedas y billetes de banco, en atención a esta función sustitutiva, se regula el derecho de reembolso en favor del portador del dinero electrónico, siendo necesario garantizar su convertibilidad, en el entendido que en el sistema legal actual, el único medio de pago con efectos liberatorios es el dinero de curso legal.

En el texto de la Directiva sobre entidades de dinero electrónico se establece el derecho del portador del dinero electrónico de solicitar al emisor que se lo reembolse al valor nominal por monedas y billetes de banco o por trans-

²¹ Sobre el funcionamiento del dinero efectivo electrónico. *Vid.* Álvarez Marañón, Gonzalo. *Dinero electrónico*, en *PC World*, noviembre, 1999, pp. 332-333 y Dávila Muro, Jorge, Morant Ramón, José Luis y Sancho Rodríguez, Justo: *Dinero digital: pagos sin rastro*, ICADE, 1995, pp. 107-119.

ferencia a una cuenta, sin otros gastos que aquellos que resulten estrictamente necesarios para realizar la operación. El reembolso se considera necesario para preservar la función del dinero como unidad de cuenta, mantener la estabilidad de los precios al evitar la emisión ilimitada de dinero electrónico y seguir controlando las emisiones de liquidez, así como los tipos de interés a corto plazo.²²

El reembolso del dinero debe hacerse a su valor nominal, si el reembolso se produce mediante una transferencia en cuenta, sólo se deberán imputar los gastos que ocasione la transferencia, de acuerdo con las disposiciones bancarias y las leyes que rigen la materia. Todas estas circunstancias deben preverse en el contrato que a tal efecto se lleva a cabo entre el emisor y el portador, pudiendo establecerse un límite mínimo para el reembolso que no podrá superar los diez euros.

4. EL CUMPLIMIENTO ELECTRÓNICO DE LAS OBLIGACIONES DINERARIAS

4.1 *EL MOMENTO DE CUMPLIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE LA TRANSFERENCIA*

La determinación del momento de cumplimiento de la obligación adquiere singular importancia, ya que a partir de este instante se producen los efectos del pago, extinguiéndose la obligación mediante la liberación del deudor y la satisfacción del interés del acreedor. La determinación de este momento adquiere relevancia en tres aspectos: 1) en la individualización del momento solutorio del pago, o sea, el momento en el cual el deudor se entiende liberado del vínculo obligatorio y el acreedor obtiene la satisfacción de su interés; 2) en la determinación del límite de la facultad del deudor para revocar la orden de pago; y 3) para determinar si el deudor ha efectuado el pago dentro del plazo legal o convencionalmente establecido, situación que incide directamente en el cobro de los intereses moratorios.

Si se trata de una operación realizada en Internet, para precisar el momento del pago y sus correspondientes efectos es necesario, en primer lugar, atender a la naturaleza de la operación realizada y en segundo lugar, al instrumento de pago utilizado. Es importante tener en cuenta esta situación, cuando los datos del instrumento de pago son transmitidos a través del correo electróni-

²² Romero Fernández, J. *El marco comunitario de las entidades de dinero electrónico: perfiles jurídico-privado*, en *Revista de la Contratación Electrónica*, número 17, 2001, p. 43.

co estamos en presencia de operaciones *off line*, en este tipo de transacciones se requiere un margen de tiempo para hacer efectivos los pagos. Si la información relativa al medio de pago la enviamos *on line*, a través de la Web del ofertante, es posible que la operación se ejecute de forma instantánea, esto dependerá de la naturaleza del medio de pago utilizado, si existe un intervalo de tiempo entre el momento en que el deudor cumple con su deber (el envío del cheque, de los datos de la tarjeta, la orden de transferencia, etc.) y el instante en que el acreedor recibe el dinero, no puede hablarse de la extinción inmediata de la obligación, así se haya empleado un sistema *on line* en la transmisión de la información.

Al fundamentarse el pago por medios electrónicos en el funcionamiento de una TEF, es necesario determinar el momento y la forma en que la transferencia se entiende concluida. De acuerdo con las orientaciones suministradas por la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Transferencias Internacionales de Crédito, la transferencia se entiende concluida en el momento que el banco del beneficiario acepta la orden de pago emitida por el banco del acreedor.²³ No obstante estas indicaciones, que a simple vista pudieran parecer bastante claras, consideramos necesario advertir que en este momento es el banco del deudor quien se libera de su obligación de transferir materialmente el dinero a la institución indicada por su mandante; el deudor (comprador) se liberará efectivamente de su obligación de pago cuando el acreedor (vendedor) obtenga la disponibilidad del dinero transferido,²⁴ siendo en este momento cuando se producen los efectos satisfactorios,²⁵ el pago se tendrá

²³ El inciso 2 del artículo 6.1.8 de los Principios de UNIDROIT establece: “En el caso de pago mediante transferencia de fondos, la obligación se extingue cuando la transferencia a la institución financiera se hace efectiva”. La Ley Modelo de UNCITRAL sobre Transferencias Internacionales de Crédito en su artículo 19.1 indica: “La transferencia de crédito se completa en el momento en que el banco del beneficiario acepta una orden de pago en beneficio de éste”.

²⁴ Como indica la doctrina, no debe confundirse la conclusión de la transferencia con el cumplimiento de la obligación subyacente, la conclusión hace referencia al movimiento de fondos realizado entre ordenante y beneficiario a través del sistema bancario y el cumplimiento de la obligación subyacente a la extinción del deber de prestación debido por el deudor (v.gr. el pago del precio en una compraventa). Vid. Alvarado Herrera, Lucía: *La transferencia bancaria*, CES, Madrid, p. 205.

²⁵ Si bien estos momentos tienden a ser simultáneos, en la práctica pueden darse situaciones anómalas, ya que el banco del ordenante puede haber transferido el dinero al banco del acreedor pero éste no ha podido ingresar efectivamente el dinero en la respectiva cuenta por ejemplo, en casos de errores materiales en los números de la cuenta suministrados por el banco ordenante, disparidad de cantidades o en casos de quiebra o intervención de la institución financiera. Es importante considerar estas situaciones para determinar por ejemplo, a quien puede atribuirse el riesgo de insolvencia o intervención del banco. En este sentido es de destacar la opinión de Mélich-Orsini para quien el riesgo de la insolvencia debe pasar al acreedor, salvo que pueda atribuírsele al deudor, si ordenó la transferencia a sabiendas de la insolvencia. Vid. Mélich-Orsini, José: *El pago*, UCAB, Caracas, 2000, p. 79.

como efectivo, con efectos solutorios para el deudor cuando se produzca el abono en la respectiva cuenta.

Independientemente del momento en que el banco se libere de su obligación, el deudor sólo se liberará frente a su acreedor cuando éste obtenga la disponibilidad de esos fondos. En estos casos, al lado de la responsabilidad del iniciador de la transferencia, subyace la responsabilidad del banco del beneficiario en la conclusión de la transferencia; si bien es cierto que el deudor (iniciador-comprador) sólo se liberará cuando el acreedor (beneficiario-venedor) tenga a su disposición los fondos transferidos, en ciertos casos, como el retraso en la ejecución de la transferencia, la responsabilidad de la transferencia puede ser imputable al banco del beneficiario, ya que es éste quien asume la obligación de poner los fondos a disposición del beneficiario,²⁶ con el correspondiente deber de responsabilidad frente a su cliente en virtud del contrato de comisión que les une.²⁷

4.2 EFECTOS DEL CUMPLIMIENTO

El pago, entendido como la conducta del deudor encaminada a dar cumplimiento a la obligación, no siempre extingue de pleno la obligación, en muchas situaciones no opera la extinción de la obligación sino su modificación, como es el caso de la pérdida de la cosa debida o de la novación.²⁸ En líneas

²⁶ Así lo dispone el artículo 10.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Transferencias Internacionales de Crédito: “El banco del beneficiario quedará obligado, al aceptar la orden de pago, a poner los fondos a disposición del beneficiario o a dar a la suma acreditada algún otro destino con arreglo a lo prescrito en la orden de pago y en la ley que rija la relación existente entre el banco y el beneficiario”.

²⁷ Esta situación se encuentra prevista en el artículo 19.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Transferencias Internacionales de Crédito citado anteriormente, que especifica “Cuando se complete la transferencia de crédito, el banco del beneficiario quedará obligado respecto de éste por el monto de la orden de pago que el banco haya aceptado”. En este mismo sentido, el artículo 17.6 del citado texto legal indica que el banco del beneficiario estará obligado ante éste en la medida prevista por el régimen jurídico aplicable a la obligación entre el beneficiario y el banco por el incumplimiento de sus obligaciones.

Con respecto a la obligación del banco del beneficiario de acreditar los fondos, la Ley 9/1999 que regula las transferencias entre los Estados miembros de la Unión Europea, dispone en su artículo 6.1 que el banco del beneficiario deberá poner los fondos a disposición de éste dentro del plazo convenido, en los casos en que no se haya pactado un plazo, los fondos deberán estar acreditados en la cuenta del beneficiario al final del día laborable bancario siguiente al día en que se hayan acreditado los fondos en la cuenta de la entidad del beneficiario, el incumplimiento de este plazo genera el correspondiente deber de indemnización a cargo del banco, que consistirá en el abono del interés legal del dinero multiplicado por 1,25 y calculado sobre el importe de la transferencia (art. 6.2). En el Derecho venezolano habrá que analizar las cláusulas del contrato suscrito entre el banco y su cliente que rigen este tipo de situaciones.

²⁸ Orduña Moreno, J.: *Derecho Civil...*, Op. Cit., p. 136

generales, el pago debe producir en forma simultánea la liberación del deudor, la satisfacción del acreedor y la extinción de la deuda; sin embargo, en determinadas ocasiones la eficacia del pago no se produce en toda la extensión. Veamos lo que sucede en el pago a través de medios electrónicos en sus distintas categorías.

4.2.1 *El pago realizado mediante tarjetas*

Nos referimos a las tarjetas de crédito, débito y las tarjetas de prepago (monederos electrónicos físicos y virtuales), al tratarse de instrumentos que difieren entre sí en su naturaleza y funcionamiento, los efectos del pago serán diferentes, según medio empleado.

4.2.1.1 *Tarjetas de crédito*

El pago a través de un instrumento de este tipo produce principalmente efectos liberatorios para el titular de la tarjeta desde el momento en que se autoriza el pago, no así para el emisor, quien por virtud del contrato de emisión se obliga a garantizar el pago de las obligaciones contraídas mediante tarjetas por el titular. El titular queda liberado de la deuda pero la obligación no se extingue hasta tanto el emisor no satisfaga al proveedor aceptante el importe correspondiente.

La naturaleza jurídica del pago realizado con una tarjeta electrónica de este tipo ha sido discutida ampliamente por la doctrina, así hay quienes afirman que se trata de un contrato en favor de un tercero,²⁹ otros lo consideran una delegación de deuda pasiva, otros como una novación objetiva de la obligación con cambio de deudor,³⁰ mientras que otros aluden al efecto acumulativo de la deuda, alegando que el titular no se libera de ella sino que el emisor o adquirente se suman a la obligación, existiendo pluralidad de deudores de la obligación de pago frente al proveedor. Coincidimos con la tesis que indica que se trata de una delegación de deuda pasiva, operando en este sentido

²⁹ En tal sentido, Pérez Serrabona González, José Luis y Fernández Fernández, Luis Miguel: *La Tarjeta de Crédito Hacia un estatuto jurídico*, Granada, ed. TAT, 187 p. 45.

³⁰ En este sentido, Barutel concluye que estamos en presencia de una novación objetiva y subjetiva indicando que “...se produce una novación extintiva de la obligación de pago derivada del contrato de cambio con efectos liberatorios para el titular aceptante”. Vid. Barutel Manaut, C.: *Las tarjetas de pago y crédito*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 648. Gete Alonso indica que si bien es cierto que la obligación primitiva se extingue, la nueva obligación es “...idéntica objetivamente a la anterior, pero subjetivamente (posición deudora) distinta. La calificación como delegación pasiva promisorio (y no solvendi) de la obligación de la entidad emisora es la que permite llegar a esta conclusión”. Vid. Gete Alonso, María: *Las Tarjetas de crédito*, Marcial Pons, Madrid, p. 105.

una novación de la obligación con cambio de deudor. En virtud de esta situación, el emisor o el adquirente se colocan frente al proveedor aceptante en la posición de deudores de la relación obligacional surgida en principio, entre el titular y el proveedor en cuanto al pago del precio; por esta delegación de deuda, el titular queda liberado de la obligación frente al proveedor desde el mismo momento en que la tarjeta es aceptada, asumiendo el emisor o el adquirente la obligación de responder frente aquél. En el caso que éstos se vean obligados a realizar el pago, pueden ejercer el derecho de repetición por la subrogación operada en la posición acreedora, el titular se libera frente al proveedor pero no frente al emisor o adquirente. La extinción de la obligación y el efecto liberatorio tienen lugar cuando el nuevo deudor entrega o abona en cuenta la cantidad de dinero al aceptante de la tarjeta.

4.2.1.2 *Tarjetas de débito*

En las operaciones realizadas con tarjetas electrónicas de débito, se producen todos los efectos del pago en forma casi simultánea a la emisión del mensaje que autoriza el pago mediante el uso de la tarjeta. El titular se libera de la obligación extinguiéndola y satisfaciendo el interés del acreedor, quien recibe vía electrónica en su respectiva cuenta bancaria el importe de la deuda. Tratándose de un pago en Internet efectuado a través de la web de la empresa, podemos decir que la operación es *on line* en su totalidad, ya que el pago se produce en forma automática, mediante el sistema de transferencias electrónicas de fondos, gracias a la disponibilidad de fondos que el titular tiene en la cuenta bancaria asociada a la tarjeta, tratándose de una operación similar al dinero en efectivo. Si el titular carece de fondos, el proveedor debe rechazar el pago.³¹

4.2.1.3 *Tarjetas prepagadas*

El pago mediante este tipo de tarjetas produce efectos similares al dinero efectivo. En el momento que se usa el instrumento se descarga el monto de

³¹ Es de hacer notar que estas operaciones están sujetas a autorizaciones electrónicas efectuadas a través de los TPV. Si el emisor da la autorización erróneamente o concede un descubierto en la cuenta, la orden se considera irrevocable, así lo dispone el Art. 6.1 del Código Europeo de Buena Conducta en materia de pago electrónico: “Una orden de pago hecha electrónicamente por medio de una tarjeta será irrevocable y no podrá ser retrocedida. Consecuentemente, si los aceptantes reciben una autorización de pago y ésta es conforme con los procedimientos normales de seguridad, dicho pago les será abonado irrevocablemente...”. En estos casos se producen los efectos indicados en las tarjetas electrónicas de crédito, en el sentido de que el emisor se obliga frente al proveedor a hacer efectivo el pago y le asiste el derecho de repetición contra el titular. Esta circunstancia excepcional en ningún momento desnaturaliza el uso de la tarjeta de débito para configurarla como una tarjeta de crédito.

la operación y se abona la cantidad adeudada en la cuenta del vendedor, produciendo en forma simultánea los tres efectos del pago: la liberación del deudor, la satisfacción del acreedor y la extinción de la deuda.

4.2.2 *El pago mediante cheques electrónicos*

Al tratarse de un cheque, el pago se realiza salvo el buen fin de la operación, trasladándose los efectos del pago al momento en que éste se hace efectivo. El cumplimiento de las obligaciones a través cheques se encuentra previsto en la legislación venezolana en el artículo 121 del CCo que permite al acreedor recibir como pago de la obligación documentos negociables. A tenor de esta disposición, el pago mediante cheques no produce novación, la entrega de un cheque como medio de pago produce efectos suspensivos sobre la acción de cobro, el derecho que tiene el acreedor de intentar esta acción se suspende mientras esté pendiente el cobro del título aceptado como medio de pago.³²

Para determinar el momento de un pago realizado en Internet a través cheques electrónicos hay que tener en cuenta si se trata de una operación *on line* o de una operación *off line*. Si a la emisión del cheque sucede en forma instantánea la presentación electrónica al librado y el acreditamiento en la cuenta del beneficiario, podemos decir que el momento del pago y sus efectos ocurren casi en forma simultánea a la emisión y envío del cheque al acreedor.

El pago mediante cheques electrónicos a través de Internet ofrece al aceptante la posibilidad de hacer efectivo el cobro en breves instantes una vez que ha recibido el instrumento. Si nos referimos a un pago *on line* en su totalidad, donde la empresa está conectada con el cliente y con el banco, el comerciante puede transmitir el cheque casi en forma simultánea a su recibo, procediendo el banco, luego de efectuar las correspondientes verificaciones, a abonar la cantidad adeudada, produciéndose la liberación del deudor y la satisfacción del acreedor en forma casi instantánea a la emisión electrónica del instrumento cambiario.

En Internet también existe la figura del cheque conformado, este procedimiento se lleva a cabo a través de la inserción de parte de la institución financiera de un sello de garantía avalado con su firma electrónica, garantizando al portador del cheque la existencia de una determinada disponibilidad a su favor, de esta manera funciona el sistema “*Cashier Check*”, utilizado con ma-

³² Rodner, O. *El dinero...*, Op. Cit., p. 167.

yor difusión en Estados Unidos. Al mediar la intervención del banco que autoriza la emisión de un cheque electrónico certificado, los fondos están garantizados a favor de su titular; en consecuencia, se producirían efectos liberatorios para el librador del cheque desde el momento de la entrega del instrumento, ya que el banco se ha obligado a mantener la provisión y a pagarlo a su presentación, quedando en suspenso la extinción de la obligación hasta tanto el titular lo haga efectivo.

En todo caso, la extinción de la obligación y la satisfacción del acreedor según se trate de una u otra modalidad, tienen lugar en el momento en que el titular del cheque puede disponer efectivamente de la cantidad adeudada, siendo este último quien corre con la carga de presentar el instrumento frente al librado.

Los cheques electrónicos son susceptibles de endoso a través de la firma electrónica, esta situación permite que la presentación del instrumento de cobro también se haga a través de esta vía. El cheque debe considerarse regularmente emitido, independientemente del soporte donde se encuentre contenido, siempre y cuando se cumplan los requisitos exigidos por la ley y se compruebe la autenticidad del documento mediante el proceso de verificación de la firma electrónica; una vez que el banco ha hecho estas comprobaciones tiene la obligación de pagar el cheque.

4.2.3 *El pago a través de cartas de crédito electrónicas*

Al pactarse el pago mediante una carta de crédito, el banco pagador de este instrumento se obliga a satisfacer al vendedor el monto de la mercancía en el momento de la entrega de los documentos indicados por el comprador, por lo tanto hasta que el vendedor no proceda a la entrega o envío de los documentos requeridos, el pago no se hace efectivo (envío que también puede hacerse a través de Internet).

El momento del pago de la carta de crédito depende de las condiciones establecidas en el contrato de crédito, ya que el comprador puede estipular un pago a la vista o un pago diferido. No obstante esta situación, y tratándose siempre de un pago contra documentos hay que tener en cuenta las disposiciones relativas al análisis de los documentos, previstas en los RUU que establecen un plazo mínimo de 7 días bancarios hábiles a partir de la fecha de recepción de los documentos para examinarlos y decidir sobre su aceptación o rechazo, plazo que puede ser aumentado o disminuido según los acuerdos celebrados entre las partes. Al tratarse de una remisión electrónica de documentos, el plazo legal puede ser considerablemente abreviado por las partes gracias a las

posibilidades que ofrecen los sistemas informáticos de verificación, casi en forma instantánea de la firma electrónica.

En el momento en que el banco paga, el ordenante-comprador queda liberado de la obligación proveniente del contrato de cambio (el pago de las mercancías), el beneficiario-vendedor es satisfecho en su acreencia al obtener el importe de la deuda que es facilitado por su banco, extinguiéndose la obligación.

4.2.4 *El pago con dinero efectivo electrónico*

Un pago efectuado a través de dinero efectivo electrónico exige la transferencia previa del dinero a un soporte electrónico (la tarjeta o el disco duro del computador). Al pagar con dinero digital, la disponibilidad de fondos a favor del portador se encuentra garantizada; el comerciante, una vez que ha recibido el billete electrónico, debe presentarlo a la entidad emisora para que certifique la autenticidad del instrumento y proceda a ingresar el dinero en la cuenta o a realizar el reembolso en dinero efectivo, siendo en este momento que se producen los efectos del pago.

5. ADMISIÓN LEGAL DEL PAGO EFECTUADO POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Una de las principales inquietudes que manifiestan los usuarios de Internet en el momento de efectuar un pago con dinero electrónico se relaciona directamente con su incertidumbre acerca de la admisión legal del pago efectuado a través de estos nuevos medios. Podemos declarar la admisibilidad legal del pago con dinero efectivo electrónico basándonos en las siguientes premisas:

1.- *La autonomía de la voluntad y la libertad de pacto.* Según estos principios de carácter general, el pago por medios electrónicos será válido siempre que las partes hayan convenido en ello. En el caso de un pago distinto al dinero efectivo tradicional siempre se requerirá un pacto de esta naturaleza, en virtud de que no puede obligarse al acreedor a aceptar un medio de pago distinto del dinero efectivo.

2.- *La validez del contrato electrónico.* Hoy en día, la mayoría de las legislaciones admiten la validez del contrato efectuado por medios electrónicos. Siendo el pago un medio de ejecución del contrato, en este caso un medio electrónico de ejecución de un contrato electrónico, no vemos objeción alguna para declararlo legalmente admisible.

3.- *La representatividad del medio de pago.* Para validar el pago a través de signos representativos del dinero (letras de cambio y cheques), la mayoría de las legislaciones admiten el principio de que el pago puede hacerse en dinero efectivo o en un signo que lo represente, como ha quedado de manifiesto a lo largo de este trabajo, el dinero electrónico no es más que una nueva representación del dinero tradicional, siendo en todo caso susceptible de conversión en dinero de curso legal en beneficio de los derechos del portador.

Algunos aspectos de las nulidades absolutas en el derecho civil venezolano

Rodrigo RIVERA MORALES*

SUMARIO:

1. Definición de nulidad.
2. Definición de nulidad civil o contractual.
3. Tipos de nulidad civil.
4. Diferencias.
5. La nulidad absoluta.
6. Tipos de nulidad absoluta: 6.1 *Por objeto ilícito.* 6.2 *Por causa ilícita.* 6.3 *Por atentar contra el orden económico o social.* 6.4 *En virtud de la protección de intereses familiares.* 6.5 *Por ser contraria a los fines de la Ley.* 6.6 *Incumplimiento de formalidades legales.* 6.7 *Por ausencia de consentimiento.* 6.8 *Por prohibición de la Ley.*
7. El ejercicio de la acción o solicitud de nulidad: Demanda y calificación.

* Universidad Católica Andrés Bello -Táchira. Abogado, Maestría en Planificación y Desarrollo Regional. Especialización en Metodología de la Investigación. Diplomado en Derecho Constitucional, en Derecho Procesal Civil, en Instituciones Procesales Civiles. Curso de Postgrado en Derecho Constitucional. Especialización de Derecho Procesal. Profesor. Instituto de Derecho Procesal Colombo Venezolano, Presidente. Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Capítulo San Cristóbal, Presidente.

8. Legitimación para ejercer la solicitud de nulidad u oponer la excepción.
9. Prescripción.
10. Sentencia.
11. Efectos de la nulidad absoluta.

1. DEFINICIÓN DE NULIDAD

En el derecho nos encontramos la teoría de las nulidades. Ella se refiere, bien a la inexistencia de los actos jurídicos por ser contraria a la ley o carecer de elementos que soportan su validez; o bien, a la presencia de vicios u omisiones que afectan la validez del mismo. Si se quiere, al decir del profesor Mélich Orsini, que hacen ineficaz el acto. Es decir, cuando existe una disconformidad entre el acto jurídico tal como él está previsto en el ordenamiento para que se le imputen los efectos queridos por su autor y el acto tal como ha sido realizado, por esa incongruencia, se produce la privación al acto de efectos jurídicos.¹ La ley civil ha pretendido reglamentar la universalidad de las relaciones jurídicas que se pueden presentar entre los individuos en sociedad. Con el fin de evitar los abusos, los fraudes e injusticias, y en aras de la seguridad jurídica, ha establecido una serie de requisitos para la celebración de los actos o negocios jurídicos, de tal manera que si no se cumplen tales actos pueden ser declarados nulos. Con el objeto de que los contratantes no se aparten del cumplimiento de la ley, en el momento de obligarse, se establece una sanción de orden civil para los infractores, que consiste en la privación al acto de todo valor. Es decir, se ha previsto la nulidad. El Profesor Eduardo Couture en su libro *Vocabulario Jurídico*² trae algunas definiciones, así: La primera nos dice: “Vicio de que adolece un acto jurídico cuando se ha verificado con violación o apartamiento de ciertas formas, o con la omisión de los requisitos indispensables para la validez del mismo”; la segunda dice: “Sanción instituida en la ley, consistente en la ineficacia de los actos realizados con violación o apartamiento de las formas o requisitos señalados para la validez de los mismos”.³

¹ Mélich Orsini, José. *Doctrina General del Contrato*. p. 274.

² Couture, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*. p. 423. En el mismo texto se halla la etimología del término “nulidad”. Dice: “del latín medievoal *nullitas*, - *tis* derivado del clásico *nullus*, -*a*, -*um*, “ninguno”, compuesto de en “ni” y de “ullus”; -*a*, -*um* “uno”. *Nullus* era usado en la época clásica también como calificativo con el valor de “nulo, sin valor, sin validez”, acepción que fue retomada por los romances hacia el siglo XVI tanto para el sustantivo como para el adjetivo.

³ Alessandri B., Arturo. *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil*. Tomo I. p. 4. Este autor chileno afirma que la nulidad es una verdadera pena, de índole civil. Dice que es una sanción civil.

De las definiciones transcritas, que esencialmente son similares en los diversos autores (ellos difieren en los fundamentos que soportan a las nulidades), se sustrae que la nulidad de los actos jurídicos es establecida por la ley en virtud que se han transgredido requisitos formales o esenciales previamente exigidos y que afectan la validez de los mismos. Los requisitos están preestablecidos porque se consideran esenciales para la existencia de dicho acto, la transgresión de tales formas o el no cumplimiento de aspectos que le dan validez al acto implican su invalidez entre las partes o terceros. Esto significa que el acto es ineficiente o insuficiente⁴ para producir efectos legales.

En la medida que el derecho fue evolucionando y con el apareamiento de la división de poderes y la conformación del Estado de Derecho se fue desarrollando una amplia teoría acerca de la nulidad. La nulidad, hoy día, se encuentra generalizada en las ramas del derecho. La nulidad no sólo alcanza la esfera del derecho privado sino también del derecho público. La doctrina sostiene que la teoría de la nulidad es de carácter general a todo derecho y no particular a cada una de las ramas. Pero también debe reconocerse que una vez admitidas las nociones que conforman la base de la concepción de la nulidad, comunes a todas las ramas del derecho, las soluciones se hacen específicas o particulares a cada una de las ramas del derecho. Por ello, especialmente la hallamos en el Derecho Constitucional, Administrativo, Tributario, Procesal Civil y Penal. Comentaba, en su tiempo, el Profesor Sayagués Laso⁵ “que la teoría sobre las irregularidades de los actos administrativos constituye uno de los capítulos más difíciles del derecho público”, por la carencia de normas reguladoras, pero en nuestro tiempo esto ha sido superado y el derecho público ha evolucionado enormemente.

La doctrina y jurisprudencia francesas, por ejemplo, han elaborado reglas específicas sobre las irregularidades del acto administrativo, distinguiendo: actos inexistentes, los nulos absolutamente y los afectados de nulidad relativa. En la doctrina italiana ha existido controversia distinguiendo dos clases: la nulidad y la anulabilidad.⁶

La nulidad de un acto jurídico debido a vicios, omisiones o transgresión de normas que sean esenciales para la validez de los mismos, forma parte de la seguridad jurídica. La imposibilidad de atacar un acto jurídico determinado

⁴ Maduro L., Eloy. *Curso de Obligaciones (Derecho Civil III)*. p. 594.

⁵ Sayagués L., Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. p. 498.

⁶ *Ibidem* pp. 499-500.

por los aspectos que se han señalado, reforzaría la incertidumbre y la comisión de actos viciados, por ello, siendo una de las finalidades del derecho la seguridad jurídica, se han previsto formas de impugnar aquellos actos jurídicos que contengan vicios u omisiones que la ley predetermine como esenciales para la validez de los mismos. La Ley prevé, como dice el profesor Canosa Torrado,⁷ una sanción de orden civil para los infractores, que consiste en la privación al acto de todo valor.

Aquí estudiaremos la nulidad civil, más desde el punto de vista de las situaciones y la aplicación pragmática de la norma, que desde el ámbito filosófico, tanto desde el punto de vista sustantivo como adjetivo. La primera en referencia a las relaciones que surgen entre los particulares por la realización de un negocio jurídico, haciendo un tanto el análisis de las normas en donde están estipuladas las hipótesis de nulidad; y la segunda, las que se originan en la ejecución de normas procesales, tratando de mirar las diversas normas que el legislador consideró pertinente sancionar con la nulidad la violación que se haga.

2. DEFINICIÓN DE NULIDAD CIVIL O CONTRACTUAL

Siguiendo a Maduro Luyando, debe entenderse por nulidad de un acto jurídico* o contractual la ineficacia o insuficiencia para producir los efectos deseados por las partes y que le atribuye la Ley, tanto con relación a las partes como respecto a terceros. En este sentido, es toda aquella situación que, a pesar de una manifestación de voluntad negocial,⁸ o no se dan los efectos perseguidos, o pueden hacerse cesar porque hay insuficiencia, o no se les puede hacer valer frente a ciertas personas.

De lo expresado anteriormente puede desprenderse que lo fundamental de la nulidad está en que no produce los efectos deseados por las partes. Estos efectos pueden ser de cualquier naturaleza: jurídicos, materiales, económicos. Los mismos pueden ser en virtud del derecho subjetivo de las partes o porque sean atribuidos por la ley. Por consecuencia de la nulidad declarada

⁷ Canosa Torrado, Fernando. *Las nulidades en el Derecho Civil*. p. 25.

* Nota: Para los efectos del presente estudio no se considera esencial al mismo la discusión acerca de la diferenciación de acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Se tomará la definición de acto jurídico como aquel en que participa voluntariamente el ser humano y produce consecuencias jurídicas, es de carácter amplio, ej. el matrimonio, el asentamiento de una partida. El negocio jurídico como parte del acto jurídico en el cual pueden las partes establecer regulaciones lícitas, ej. crear obligaciones. Contrato como una subespecie del negocio, ej. compraventa, arrendamiento, etc.

⁸ Barbero, Domenico. *Derecho Privado*. Tomo I. p. 632.

los efectos implicados en el acto o negocio quedan sin realización, es decir, se extinguen. Por eso, algunos autores identifican a la nulidad como un modo de extinción de las obligaciones.⁹

La nulidad de un acto jurídico, sea de carácter contractual o no, se provoca cuando faltan los elementos esenciales a su existencia, por ejemplo conforme a lo estipulado en los artículos 1.141 del Código Civil que dice: “Las condiciones requeridas para la existencia del contrato son: 1.- Consentimiento de las partes; 2.- Objeto que pueda ser materia de contrato; y 3.- Causa lícita”, o a su validez, por ejemplo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.142 *ejusdem* que dice: El contrato *puede ser anulado*: 1.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas; y 2.- Por vicios del consentimiento”, o cuando transgrede el orden público o las buenas costumbres. No obstante, existen algunos casos previstos por el legislador en que la omisión de un requisito determinado u otra infracción legal, no producen la nulidad del acto o contrato, sino que se prevé otro efecto, el cual está contenido en la norma. Por ejemplo, en materia de partición en el artículo 1.120 en su segundo aparte se establece “*omissis*... La simple omisión de un objeto de la herencia, no da lugar a la acción de rescisión, sino a una partición suplementaria”.

La nulidad puede producirse bien por hecho extraño a la estructura del acto o negocio jurídico o por hechos inherentes a él, es decir, sobre aspectos que tienen que ver con el contenido mismo del acto o contrato, de suerte que al faltar, por ejemplo, algunas de las condiciones requeridas para su existencia, obviamente, que no existe y por tanto no puede producir los efectos jurídicos deseados por las partes o atribuidos por la ley. El Profesor Mélich Orsini¹⁰ hace una distinción entre las causas que generan la sanción de nulidad, así: causas internas, tales como la falta de uno de los elementos estructurales del negocio o un vicio, y causas externas derivadas de la desarmonía del acto con los intereses del sistema considerado en su integridad, por ejemplo, falta de poder en una de las partes.

Es cierto que el acto o contrato afectado de nulidad tiene una existencia inestable porque su formación ha sido irregular o imperfecta que debe ser declarada por autoridad jurisdiccional. Esa forma anómala de nacer ese acto es sancionada por el legislador, estableciendo las acciones de nulidad que posibilitan la declaración de nulidad. La ley, por lo general, sanciona siempre la omisión de los requisitos que ella ha considerado irreemplazables y forzo-

⁹ Cfr: Canosa Torrado, Fernando. *Ob. Cit.* p. 26. Cfr: Alessandri B. Arturo. *Ob. Cit.* tomo I. p. 14.

¹⁰ Mélich Orsini, José. *Ob. Cit.* 275.

sos para que un determinado acto produzca todos los efectos que le son propios y que las partes deseen, de esa manera obliga a las partes a cumplir sus disposiciones y protege al orden público y a aquellos que están en inferioridad intelectual o de discernimiento.¹¹

Es imperioso advertir que esas sanciones que el legislador ha previsto, destinadas a proteger el orden público, las buenas costumbres y las personas específicas favorecidas, son irrenunciables por las personas que intervienen en la celebración o ejecución de los actos jurídicos o contratos. No tienen validez las cláusulas que impliquen la renuncia anticipada a la nulidad, salvo las excepciones previstas por la ley, por ejemplo, en las transacciones en la situación prevista en el artículo 1.720 del Código Civil. Esto porque se trata, precisamente, de una forma de proteger o bien el orden público o a los débiles jurídicos.¹²

En la doctrina italiana se distingue claramente eficacia de validez; en el primer término está referido a los efectos del acto o negocio jurídico, mientras que la validez se relaciona con la causa. Por ello, se sostiene que la eficacia de un contrato supone la validez, pero la validez no es razón suficiente para la eficacia.¹³

3. TIPOS DE NULIDAD CIVIL

En la doctrina se han especificado dos tipos de nulidad, a saber: nulidad absoluta y nulidad relativa.¹⁴ Se entiende que existe nulidad absoluta cuando el con-

¹¹ *Ibidem*. p. 298 (Nº 261). “Por otra parte, si bien el criterio del interés suele ser el punto de partida para distinguir entre nulidad absoluta y nulidad relativa, no es menos cierto que las ideas de “interés público” o “interés general” y de “interés privado” no pueden ser objeto de una neta separación. El ordenamiento jurídico obedece todo él a un interés general: a establecer las condiciones de existencia de la vida en común”.

¹² Mélich Orsini, José. *Ob. Cit.* p. 300. Es interesante ver el alcance que tiene este autor sobre el débil jurídico, para lo cual cita a Ghestin: “Esto es así no sólo en el caso de las reglas que tienden a la protección de los débiles jurídicos del derecho clásico: menores, entredichos, inhabilitados, víctimas de algún vicio del consentimiento, sino también a los que el nuevo orden público económico considera débiles jurídicos: trabajadores, inquilinos, consumidores... (*omissis*)”.

¹³ Pallares, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. p. 111. Este autor con relación al concepto contrapuesto de eficacia: ineficacia, señala que carece de precisión legal y doctrinal. Algunas veces se le identifica con el de nulidad, otras con la de inexistencia o anulabilidad, etc.

¹⁴ Mazeaud, J. y Henri y León Mazeaud. *Lecciones de Derecho Civil. Parte II*. Vol. I. p. 332. Señalaban estos autores que “Los romanos distinguían, por razones de procedimiento la sanción que afectaba a un acto al que le faltaba un elemento de formación, la protección que el pretor otorgaba a los menores y a los contratantes cuyo consentimiento había sido viciado. Esa distinción subsistió en el antiguo derecho, donde se le superpuso otra clasificación de las nulidades, según que se refieran al orden público o a un interés privado”.

trato no puede producir los efectos deseados por las partes, bien porque carece de alguno de los elementos esenciales a su existencia (artículo 1.141 C.C.),* o porque afecte al orden público o las buenas costumbres.¹⁵ En este sentido es la sanción aplicable a un contrato por ser contrario a una norma imperativa o prohibitiva de la ley.¹⁶ Ese contrato no produce efectos jurídicos. En la doctrina inexistencia y nulidad absoluta, en principio, traducían la misma idea. Esto, porque el acto viciado de nulidad absoluta no existe y que, por lo mismo, no puede llegar a existir por mucho que sea el tiempo que transcurra.¹⁷ Por otra parte, se entiende por nulidad relativa cuando un contrato no puede producir los efectos atribuidos por las partes, porque viola determinadas normas destinadas a proteger los intereses particulares de uno de los contratantes (artículo 1.142 C.C.). La nulidad relativa también se denomina anulabilidad,¹⁸ porque el contrato anulable produce sus efectos mientras no sea anulado,¹⁹ es decir, la parte afectada tiene que demandar la anulación, de manera que en ese sentido el negocio, aunque inválido es capaz de generar efectos;²⁰ por otra parte, la anulación tiene una eficacia limitada en sus efectos retroactivos, por ejemplo, en virtud de la prescripción de la acción.

* *Nota:* En nuestro Código se distingue, en razón de las normas, nulidad y anulabilidad. En el artículo 1.142 se dice “El contrato puede ser anulado: por ...”. En la doctrina se distinguen estas dos figuras, en la primera se dice que está destituida de los requisitos exigidos *ad substantiam*, o expresa una intención ilícita, o por un motivo ilícito, o un objeto indeterminado o una condición ilícita; mientras que la segunda se dice que un negocio es anulable cuando está afectado de un vicio por el cual puede ser anulado, es decir, el negocio produce sus efectos, mientras no sea anulado.

¹⁵ De Ruggiero, Roberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Tomo 2, Vol. 1. pp. 242/243. Expresa este jurista que los conceptos de nulidad, anulabilidad y rescindibilidad pertenecen a la doctrina general del negocio jurídico. Haciendo alusión al sistema italiano señala “Poco claro (prescindiendo de las causas históricas y tradicionales que lo justifiquen) es el sistema seguido por el legislador, quien habla solamente de la acción de anulación de las obligaciones como modo de extinción de las mismas, usando indistintamente de los términos “acción de nulidad” y “acción de rescisión”. Más adelante continúa diciendo “que de la nulidad del negocio debe distinguirse su anulabilidad y de ambas su rescindibilidad. **Nulo** es el negocio en que falta uno de los elementos esenciales para su existencia jurídica, por lo que se designa también **inexistente** y **radicalmente nulo**; **anulable** es aquel que reúne todos los requisitos esenciales para su existencia, pero que carece de alguno de los indispensables para su validez por razón de un vicio que afecte a aquellos elementos; **rescindible** es aquel cuyos elementos esenciales para su existencia y validez no están afectados de vicio alguno, pero como quiera que produce una lesión, puede ser impugnado y rescindido para impedir ésta”.

¹⁶ Maduro L. Eloy. *Ob. Cit.* p. 594. Miliani B., Alberto. *Ob. Cit.* p. 262.

¹⁷ Mélich Orsini, José. *Ob. Cit.* p. 282.

¹⁸ Maduro L., Eloy. *Ob. Cit.* p. 597. Miliani B., Alberto. *Ob. Cit.* p. 270..

¹⁹ Barbero, Domenico. *Ob. Cit.* tomo I. p. 638. Comenta el autor que ese “mientras”, por lo demás, no quiere decir que los efectos continúen firmes “hasta el momento en que” es anulado.

²⁰ De Gásperi, Luis y Morello Augusto. *Ob. Cit.* p. 4. Dicen los autores: “Mas la verdad es que la obligación putativa del acto anulable, por válida que sea, mientras no sea dictada la sentencia, queda enervada por el ejercicio de la acción de nulidad...”.

Sin embargo dicha nulidad, bien la absoluta o relativa, no obra de *pleno derecho*, sino que requiere el pronunciamiento del órgano jurisdiccional, que equivale a decir, que así el acto esté viciado, está amparado con la presunción de validez, hasta que un juez en proceso válido declare la nulidad.

4. DIFERENCIAS

El análisis de las dos formas de nulidad nos dice que tienen algunas diferencias características, a saber:

Primero: La acción* para solicitar la nulidad *absoluta es imprescriptible*,²¹ mientras que la acción para pedir la nulidad *relativa prescribe*, en nuestra legislación prescribe a los cinco años según dispone el artículo 1.346 del Código Civil, aun cuando la norma no distingue entre nulidad absoluta o relativa, pero la jurisprudencia ha acogido el criterio que se refiere a la nulidad relativa.^{Juris}

Segundo: Los vicios que dan origen a la nulidad absoluta *son insubsanables*, el contrato viciado de nulidad absoluta no puede ser *confirmado o convalidado*,²² en nuestra legislación se consagra la excepción en el artículo 1.353 del Código Civil;^{Tart} mientras que en el contrato afectado de nulidad relativa pueden ser subsanados sus vicios mediante la confirmación.²³

Tercero: La nulidad absoluta puede ser solicitada *por cualquier interesado* (se entiende que debe tener un interés legítimo); mientras que la acción para

* Nota. Entendemos por acción, en el lenguaje de Couture, el poder jurídico que tiene todo sujeto de acudir a los órganos jurisdiccionales para exigir la tutela de su pretensión. No obstante, utilizaremos la expresión del Código Civil, conscientes que allí hay una yuxtaposición con la naturaleza de la pretensión, es decir, se hace equivalente la acción con la relación jurídico-material.

²¹ Maduro L., Eloy. *Ob. Cit.* p. 596. La doctrina discute la imprescriptibilidad, ya que algunos alegan que debe prescribir como toda acción personal.

^{Juris} “El mencionado artículo 1.346 al establecer que la acción para pedir la nulidad de una convención dura cinco años, se refiere a las acciones de nulidad en caso de violencia, de error o de dolo, de los entredichos o inhabilitados y de los actos de los menores... El lapso de cinco años a que se contrae dicho Art., como lo afirma la primera instancia es de prescripción y debe alegarse como excepción de fondo; y no de caducidad, que la debe suplir el Juez de oficio”. JTR 16-7-64. V. XII. p. 750.

²² Mélich Orsini, José. *Ob. Cit.* p. 287.

^{Tart} Artículo 1.353: La confirmación, ratificación o ejecución voluntaria, de una donación o disposición testamentaria por parte de los herederos o causahabientes del donador o testificador, después de la muerte de éstos, lleva consigo la renuncia a oponer los vicios de forma y cualquiera otra excepción”.

²³ Couture. Eduardo. *Ob. Cit.* p. 424. El autor en su definición de **nulidad absoluta** expresa que “dícese de aquella que, por afectar los elementos esenciales para la validez del acto, no puede ser convalidada por la confirmación ni subsanada por el transcurso del tiempo”.

pedir la nulidad relativa sólo puede ser ejercida *por la persona en cuyo favor o protección se establece la nulidad*, o por su representante legal o sus herederos o causahabientes a título universal, que son los continuadores de su persona.

Cuarto: En el caso de nulidad absoluta el Juez puede *declararla de oficio*, mientras que la nulidad relativa tiene que ser solicitada por la persona en cuyo favor se establece.

Quinto: El contrato afectado de nulidad absoluta es nulo desde su inicio (*ab initio*) y no produce efectos, mientras que el contrato perjudicado con nulidad relativa puede producir efectos antes de ser anulado, entendiéndose que una vez haya sido declarada se tendrá como si no ha existido.²⁴ Es decir, el acto o contrato tienen una existencia provisoria, pues mientras no se declare su nulidad, él tiene la misma eficacia que un acto válido.

Sexto: Los fundamentos de la nulidad absoluta están soportados en los intereses generales de la sociedad, en la seguridad jurídica y el orden público;²⁵ mientras que la nulidad relativa se basa en la protección de los intereses particulares de uno de los contratantes, por ello, a esa parte le está atribuido el poder de hacer valer o no tal nulidad, puesto que podrán confirmar el acto viciado.²⁶ También en este aspecto se basa la doctrina para explicar la prescripción de la nulidad relativa.

Séptimo: Los requisitos o formalidades que se exigen para la validez de los actos o negocios en consideración a la naturaleza de ellos, no de las personas, son de orden objetivo y su violación dan lugar a la nulidad absoluta; mientras que los requisitos que se refieren a la calidad o estado de las personas son de orden subjetivo y su presencia da pie a la nulidad relativa.

Analizaremos por separado las diferentes hipótesis que se pueden presentar conforme a la legislación venezolana, tanto en forma absoluta o relativa.

²⁴ Maduro L., Eloy. *Ob. Cit.* p. 602.

²⁵ López Herrera, Francisco. *La nulidad de los contratos en la legislación civil de Venezuela*. p. 95. Expresa el autor "todos tenemos una idea más o menos aproximada de lo que es orden público, aunque no lo logremos expresar con precisión. De ahí que podamos decir que en lo concerniente a la organización, conservación y buena marcha de la sociedad".

²⁶ Mélich Orsini, José. *Ob. Cit.* p. 288.

5. LA NULIDAD ABSOLUTA

En el primer capítulo se tomó la definición de nulidad absoluta que expuso el profesor Maduro Luyando,²⁷ diciendo que existe nulidad “cuando un contrato no puede producir los efectos atribuidos por las partes y reconocidos por la ley, bien porque carezca de alguno de los elementos esenciales a su existencia (consentimiento, objeto o causa) o porque lesione el orden público o las buenas costumbres”. Esto es, la nulidad absoluta surge como figura jurídica en función de la protección del interés público, ya que la seguridad jurídica exige que los actos jurídicos que se celebren tengan validez y eficacia, para ello, deben cumplir requisitos de existencia y no ir contra prohibiciones establecidas por la ley.²⁸ Al cumplir los actos jurídicos, desde su inicio, estos requisitos, obviamente, se produce estabilidad y se previenen las controversias; es claro que al no satisfacerse tales exigencias los actos no pueden producir validez o eficacia porque indudablemente traería inseguridad e inestabilidad. En este sentido, se dice que las nulidades protegen intereses generales de la comunidad.²⁹ Las reglas de nulidad, en consecuencia, no sólo son aplicables a los contratos, sino a todo acto o negocio jurídico, sean convencionales (particiones, capitulaciones matrimoniales) o declaraciones unilaterales de voluntad.³⁰

La nulidad absoluta tiene unas características que le son propias y que definen su especificidad como son: 1) que es **imprescriptible**, esto es, que el transcurso del tiempo no desaparecen los vicios que afectan al contrato,* así ha sido confirmado por Casación,^{Juris} sin embargo, diversos autores se oponen a este criterio, entre ellos López Herrera; y 2) que es **insubsanable** por confirmación, en nuestra legislación en el artículo 1.352 del Código Civil se dispone tal prohibición así: “No se puede hacer desaparecer por ningún acto confirma-

²⁷ Maduro Luyando, Eloy. *Ob. Cit.* p. 594.

²⁸ Mazeaud, J. *Ob. Cit.* p. 335. Los autores comentan: “En un sistema que se fundara únicamente sobre la autonomía de la voluntad, y donde el orden público no tuviera que intervenir en el ámbito contractual, se concebiría que no existieran sino nulidades de protección de los contratantes, nulidades que estarían colocadas, por lo tanto, a su disposición, y que constituirían así nulidades relativas. Pero semejante sistema no existe en la práctica. El artículo 6° del Código Civil recuerda que el contrato no es válido más que con la condición de plegarse a las normas morales y sociales; la falta de esa condición, dictada por el interés común, está sancionada con la nulidad absoluta”.

²⁹ *Ibidem*. p. 350.

³⁰ Alessandri B., Arturo. *Ob. Cit.*, tomo I. p. 22.

* Tesis que hemos señalado controvertida. Conforme a diversos autores si bien es cierto que la acción de nulidad no prescribe, si prescriben las acciones restitutorias derivadas de ella.

^{Juris} Jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación (SdC) 1924-1949. Sent. 13-02-1929.

torio los vicios de un acto absolutamente nulo por falta formalidades”. No obstante, en el artículo 1.353, *ejusdem*, se establece una excepción a tal prohibición en casos de donación o disposición testamentaria,^{Juris} ya que los herederos o causahabientes pueden confirmarla o ratificarla.^{T art}

En nuestro Código Civil no se contempla sino una sola clase de nulidad absoluta, sea cual fuere la causa que la produce. El legislador sólo tiene una concepción de nulidad absoluta, aun cuando utilizó en los diferentes casos distinta terminología al referirse a los actos que son absolutamente nulos, así: Artículo 117 “La nulidad del matrimonio celebrado en contravención de... (*omissis*)”; artículo 917: “Es nula la disposición a título universal o particular... (*omissis*)”; artículo 1.200 “...(*omissis*), hace nula la obligación que depende de ella”; el artículo 1.534 en su segundo aparte estipula “Es nula la obligación de rescatar que se imponga al vendedor”. Puede verse que la ausencia de los requisitos exigidos en consideración a la naturaleza del acto generan nulidad absoluta. Son requisitos de orden objetivo, por ello los requisitos subjetivos, o sea, los relacionados con la calidad o estado de las personas producen nulidad relativa.

Debe decirse, como otra característica, que las nulidades absolutas son de interpretación restrictiva; la regla general es la nulidad relativa y la excepción es la nulidad absoluta.

Las otras características son prácticamente de orden del ejercicio de la acción de nulidad, como son: la declaración judicial de nulidad para poder extinguir el contrato afectado, sólo el Juez podrá declarar la nulidad y consecuencialmente la aniquilación del contrato; la legitimación para ejercer la acción que este caso es amplia, es decir, que cualquier interesado puede intentar la acción, es

^{Juris} JdC. Sent. 8-12-25, M. 1926, p. 472. “La jurisprudencia universal tiene reconocidas como de orden público todas las prescripciones legales correspondientes a las solemnidades de forma en el otorgamiento de los actos de donación o de última voluntad; que no puede renunciarse ni relajarse por convención particular las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres, y que si bien esta disposición legal, con respecto a las donaciones y testamentos, tiene una excepción en el artículo 1.379 del Código Civil (artículo 1.353 C.C. vigente), por el cual la confirmación, ratificación o ejecución voluntaria de una donación o disposición testamentaria por parte de los herederos o causahabientes del donador o testador, después de la muerte de éstos, lleva consigo la renuncia a oponer los vicios de forma y cualquiera otra excepción, tal excepción debe aplicarse, en sentido estricto, únicamente a los casos expresamente determinados en ella, y no trasciende, por consiguiente, a la prescripción del artículo 435 (artículo 406 CC vigente) citado, concebido por el legislador sin ninguna distinción”. Tomado de Lazo, Oscar. Código Civil de la República de Venezuela. p. 673.

^{T art} Artículo 1.353: La confirmación, ratificación o ejecución voluntaria de una donación o disposición testamentaria por parte de los herederos o causahabientes del donador o testador, después de la muerte de éstos, lleva consigo la renuncia a oponer los vicios de forma y cualesquiera otra excepción.

obvio que el interés debe ser legítimo, actual y derivado;³¹ la nulidad puede ser alegada en cualquier estado e instancia de la causa.

6. TIPOS DE NULIDAD ABSOLUTA

Los tipos de nulidad absoluta que se analizarán serán con base a la definición que se ha venido comentando, tomando como elemento definidor las causas que la originan, esto es, con base a esos criterios que expresan que la nulidad nace por la ausencia de algunos de ellos o presencia de lo prohibido, se determinan las formas de nulidad, a saber: por objeto ilícito, por causa ilícita, por ausencia de consentimiento y por norma imperativa o prohibitiva de la ley.^{Juris}

6.1 POR OBJETO ILÍCITO

En términos generales aquí se comprenden los actos y negocios cuyo objeto está expresamente prohibido por la ley o que sean contrarios al orden público y las buenas costumbres.

El artículo 1.141 del Código Civil establece cuáles son las condiciones para la existencia del contrato, en efecto, con relación al objeto en el ordinal 2° estipula que “el objeto pueda ser materia de contrato”. Esta disposición contenida en nuestro Código ha sido fuertemente criticada por la doctrina,³² a

³¹ Miliani B., Alberto. *Ob. Cit.* p. 263. Maduro L. Eloy. *Ob. Cit.* p. 595.

^{Juris} Pierre Tapia, Oscar. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Vol. 7. Año 1977. pp. 83-84-85. CSJ. Sent. 20-8-77. Caso: Municipalidad del Distrito Roscio del Estado Guárico contra María Pumar Navas de Fuertes. “Se ataca la sentencia recurrida por haberse apoyado el sentenciador en el artículo 1.141 del Código Civil para declarar con lugar la demanda, sin concatenarlo con el artículo 1.146 del mismo Código, confundiendo así el recurrente las actuaciones contempladas en una y otra norma legal. La primera, se refiere a las condiciones requeridas para la existencia de los contratos; mientras que la segunda, parte de la base de que el consentimiento existe, pero resulta viciado. En efecto, conforme al artículo 1.141 del Código Civil, son tres las condiciones que para su existencia ha menester el contrato, de suerte que la falta de cualquiera de ellas equivale a que la convención no se hubiera celebrado. Si falta absolutamente el consentimiento, no puede haber concierto de voluntades y por eso, no habiendo surgido el vínculo jurídico, no hay contrato; faltando el objeto materia de la convención se está igualmente ante un contrato inexistente y si se carece de la causa para obligarse, tendremos igualmente un contrato inexistente. Cuando el consentimiento sólo está afectado por un vicio, procedente de violencia, error o dolo, que es la situación contemplada en el artículo 1.146 *ejusdem*, el contrato existe, pero está expuesto a desaparecer en virtud de una acción de nulidad, lo mismo que cuando las partes o alguna de ellas carece de capacidad legal”.

³² López H., Francisco. *La nulidad de los Contratos en la Legislación Civil de Venezuela*. pp. 114-115. Expresaba este autor: “Pero en nuestro concepto, la inexistencia del objeto del contrato no acarrea nulidad alguna, ya que en los casos prácticos donde hablando de contrato, se puede decir que su objeto no existe, la ineficacia de aquél no puede explicarse por la Teoría de las Nulidades”. El autor, más adelante citando a De Page decía: “De Page se ha dado cuenta que aquí no puede haber en realidad ninguna nulidad absoluta, pues no aparece por ninguna parte cuál sea el interés del orden público o de las buenas costumbres en hacer desaparecer el contrato. En consecuencia, ha concluido que se trata de una nulidad relativa (¿tal vez por error de uno o ambos contratantes que creyeron existe el objeto?)”.

pesar de figurar en la mayoría de legislaciones, puesto que consideran que el objeto no es en propiedad un elemento del contrato sino que forma parte de la obligación.³³

No es desdeñable la distinción entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación. Puede ocurrir que el objeto de la obligación, es decir, las prestaciones convenidas, cumplan todos los requisitos, pero el objeto del contrato, vale decir la operación jurídica que se busca, no puede realizarse porque existe una prohibición legal. Debe indicarse que, normalmente, en casos de prohibiciones legales éstas afectan tanto a la prestación como a la operación jurídica.

Para los efectos de este estudio se tomará el objeto como el contenido de la obligación, es decir, la prestación. Se precisa, entonces, que el objeto para que sea válido debe reunir un conjunto de condiciones concurrentes. En efecto, el artículo 1.155 del Código Civil dispone que el objeto del contrato deba ser posible, lícito, determinado o determinable.³⁴ Todos ellos deben estar presentes en el objeto para que éste pueda ser válido. Estos aspectos deben afluir en el objeto del contrato, para que sea legalmente viable la prestación, caso contrario, al carecer de objeto o ser ilícito, el contrato es anulable.

Sin embargo, a los efectos de la nulidad absoluta, el aspecto fundamental es la licitud del objeto.³⁵ Esto significa que el objeto debe ser permitido por el ordenamiento jurídico positivo, no necesariamente de forma expresa sino que no sea prohibido por norma alguna. La doctrina define al objeto lícito como aquel que no viola el orden público ni las buenas costumbres, ni transgrede leyes o normas imperativas.³⁶ En contrario se definirá por objeto ilícito.

³³ Maduro L., Eloy. *Ob. Cit.* p. 429.

³⁴ *Cfr.* Publicación del Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCV, Caracas, 1978, Código Civil de Venezuela: artículos 1.146 al 1.158. p. 241. Transcribiendo parte de la doctrina “Para que el objeto sea válido debe reunir un conjunto de condiciones de naturaleza concurrente. “Así: “cuando el objeto consiste en la transmisión de un derecho, se exige como condiciones o requisitos de la cosa objeto de la prestación, los siguientes: a) la cosa debe existir; b) la cosa debe estar en el comercio; c) la cosa debe ser determinada o determinable; y d) la cosa debe pertenecer a quien la transmite; cuando el objeto consiste en la realización de una actividad o conducta por parte del deudor, es decir, en la realización de un hecho positivo o negativo, se exige como condiciones o requisitos de ese hecho: a) el hecho debe ser posible; b) el hecho debe ser personal a quien lo promete; c) debe tener interés para el acreedor; y d) debe ser lícito”.

³⁵ Mazeaud, J. *Ob. Cit.* p. Parte II. Vol. I. 333. Estos autores expresan: “5ª. La ilicitud del objeto y la ausencia de objeto dan origen a la acción de nulidad absoluta. Si la jurisprudencia no vicia la compraventa de la cosa ajena sino con una nulidad relativa, es porque la nulidad de tal compraventa no se refiere a una falta de objeto, sino al error cometido por el comprador”.

³⁶ Maduro L. Eloy. *Ob. Cit.* p. 434.

to aquel que viola las leyes, el orden público y las buenas costumbres.^{T art} El Código Civil no precisó una definición de ilicitud, de manera que se sigue la común de la doctrina, que lo expresa como “objeto ilícito es aquel contrario a las leyes, al orden público y a las buenas costumbres”.³⁷

De lo expuesto se aprecia que no puede haber licitud en el objeto cuando exista norma expresa que prohíba realizar actos que recaigan en él; con relación al orden público esta noción no ha sido diáfananamente definida y las diversas concepciones son sometidas a crítica, tomaremos como orden público aquello en la cual está interesada la sociedad-nación, bien por afectar intereses generales o como tutela del débil jurídico o del orden social; y, finalmente, respecto a las buenas costumbres deberá entenderse como la conducta moral aceptada por la sociedad-nación y que es tolerada por el ordenamiento jurídico positivo.³⁸

En nuestra legislación se encuentran casos específicos que determinan la ilicitud del objeto o la prohibición de realizar actos sobre él, así tenemos:

a) *Bienes del Dominio Público*. Conforme al artículo 543 del Código Civil los bienes del dominio público³⁹ son inalienables, debe, además, recordarse que priva la norma constitucional, específicamente el artículo 13 de la Constitución Nacional y, también, deberán tomarse en cuenta disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional (artículo 23) y Ley

^{T art} Código Civil, artículo 6: No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres.

³⁷ Alessandri B., Arturo. *Ob. Cit.* tomo I. p. 116.

³⁸ López H., Francisco. *Ob. Cit.* pp. 96-97. En sus comentarios el autor citaba a Demogue y Savatier que expresaban que las buenas costumbres son producto *de la opinión general de la sociedad*; también citaba a de La Morandière que decía “la moral oficial de la legislación es el fundamento de las buenas costumbres, de tal modo que no constituyen más que un aspecto del orden público”.

³⁹ Ramírez, Florencio. *Anotaciones de Derecho Civil*. Tomo II. p. 25. El mencionado autor incorpora en su texto una cita de los tratadistas Colín y Capitán, así: “El dominio público lo forman los bienes que sirven para el uso de todos... Ni puede decirse que el Estado sea su propietario. En efecto, la propiedad se compone de tres elementos: el **usus**, o derecho de uso; el **fructus**, o derecho de recoger los frutos y productos; el **abusus**, o derecho de enajenar. Ahora bien, de estos tres elementos, el **usus** no pertenece al estado sino al público; el **fructus** no existe porque estos bienes no producen ingresos. En cuanto al **abusus** o derecho de disposición, no puede haber problema, pues el uso público a que están destinados no permite que puedan ser enajenados o gravados con derechos reales”.

de Reforma Agraria (artículo 15).^{Juris} Este principio de la inalienabilidad de los bienes públicos, tiene una excepción que se refiere al agua de los ríos, la cual es susceptible de apropiación tal como lo dispone el artículo 539 del Código Civil.^{T art}

b) *Bienes de Ilícito Comercio*. Si la ley prohíbe la comercialización, producción o explotación del objeto, éste será ilícito. Debe existir la calificación por parte de la ley, esto es, previamente debe existir la prohibición legal, en virtud del principio de reserva legal* que es de rango constitucional. De manera que la ilicitud del objeto proviene directamente de la Ley. Así tenemos que el Código Penal y algunas leyes especiales definen como delito algunas actividades o el comercio de algunos bienes. Los artículos del Código Penal: 273: “Se consideran delictuosos, y serán castigados conforme a los artículos pertinentes de este Capítulo, la introducción, fabricación, comercio, detención y porte de armas que se efectúen en contravención de las disposiciones del presente Código y de la Ley sobre Armas y explosivos”; y el artículo 277 dispone: “El comercio, la importación o la fabricación de las demás armas que no fueren de guerra, pero respecto a las cuales estuvieren prohibidas dichas operaciones por la Ley citada en el artículo 275, se castigarán con...”. En la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas el artículo 31 establece: “El

Juris JdC. “Los bienes del dominio público son inalienables, están fuera del comercio y no pueden adquirirse por prescripción; su enajenación es inexistente, y de esta inexistencia pueden aprovecharse todos los ciudadanos. En cambio, los bienes patrimoniales del Estado son alienables, están en el comercio y pueden adquirirse por prescripción; pero como la Ley considera incapaz al administrador de esos bienes y lo equipara a las personas menores de edad, establece para su enajenación formalidades en favor de esa administración, y en caso de nulidad de esas enajenaciones, es el Estado la única persona legítima que puede demandarla u oponerla como excepción. El contrato de autos existe porque su objeto es una finca perteneciente al patrimonio de la Nación, porque el comprador puede adquirir esa finca por la prescripción decenal y porque los vicios que se señalan en el contrato son faltas de formalidades por motivo de incapacidad de uno de los contratantes, por lo cual puede ratificarse corrigiendo los defectos que el demandante le imputa, y dársele validez”. Sent. 12-2-29. M. 1930. p. 147. Tomado de Lazo, Oscar. *Ob. Cit.* pp. 377/378.

^{T art} Artículo 539: Los bienes de la nación, de los Estados y de las municipalidades, son del dominio público o del dominio privado. Son bienes del dominio público: los caminos, los lagos, los ríos, las murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra y demás bienes semejantes. No obstante lo establecido en este artículo, las aguas de los ríos pueden apropiarse de la manera establecida en el Capítulo II, Título III de este Libro. El lecho de los ríos no navegables pertenece a los ribereños según una línea que se supone trazada por el medio del curso del agua. Cada ribereño tiene derecho de tomar en la parte que le pertenezca todos los productos naturales y de extraer arenas y piedras preciosas, a condición de no modificar el régimen establecido en las aguas ni causar perjuicios a los demás ribereños”. Deben tomarse en cuenta las Leyes de Ambiente.

* En la Constitución Nacional se consagra en el artículo 49 ordinal 6° el principio de la reserva legal “Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. Es el principio romano “Nulla penae sine lege”.

que ilícitamente trafique, distribuya, suministre, fabrique, elabore, refine, transforme, extraiga, prepare, produzca, almacene, dirija o financie o de alguna manera o por cualquier medio facilite el tráfico de cualesquiera de las sustancias o sus materias primas a que se refiere esta ley, será sancionado con...” y pauta el artículo 32: “El que ilícitamente, siembre, cultive, coseche, preserve, almacene, ordene o dirija o financie y en general cometa algún ilícito de adquisición, tráfico, suministro, almacenamiento, transporte y distribución de semillas, plantas o sus partes, que contengan cualesquiera de las sustancias a que se refiere esta Ley, será sancionado con...”.

En estos casos existe una prohibición legal de las actividades expresadas en las normas citadas, salvo las excepciones previstas en dichas leyes, por tanto no pueden ser objeto de prestación algunas de ellas, en caso de ser estipulada la sanción es la nulidad absoluta.

c) *Pactos sobre cosas futuras*. El artículo 1.156 del Código Civil en su primer aparte autoriza la realización de contratos sobre cosas futuras, pero advirtiendo que salvo disposición especial en contrario, no podrán realizarse. Expresaba el Doctor Florencio Ramírez⁴⁰ “si una cosa no se halla en el comercio al tiempo del contrato, puede estarlo posteriormente, verbigracia, los frutos que produzca el fundo...”. En el Código de Comercio también se permite la venta de las cosas futuras, e incluso aquellas que puedan adquirirse por no ser actualmente de la propiedad del vendedor, en tal caso éste estará en la obligación de adquirirlas. No obstante, precisamente, en el segundo aparte de dicho artículo se establecen prohibiciones así: “Sin embargo, no se puede renunciar una sucesión aún no abierta, ni celebrar ninguna estipulación sobre esta sucesión, ni aun con el consentimiento de aquél de cuya sucesión se trate”. Estas prohibiciones se denominan en la doctrina como “prohibición de

⁴⁰ Ramírez, Florencio. *Ob. Cit.* Tomo II, p. 367.

* *Nota*: Acerca del fundamento de esta prohibición en nuestro medio se presentan opiniones contradictorias, así: El Doctor Sanojo decía que: “Los contratos sobre sucesión no abierta todavía, suelen llamarse pactos o contratos sucesorios. Están prohibidos, no tanto por la incertidumbre de los derechos sucesorios y su importancia, cuanto por el deseo y el interés que despiertan acerca de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, en otros términos son prohibidos por el *votum captandae mortis*”. Por su parte el Doctor Mélich Orsini, argumentaba en contra, diciendo en el derecho romano se admitían los pactos sobre la herencia ajena celebrados con el consentimiento del propio *de cuius*, pues tal consentimiento hacía desaparecer la inmoralidad. Agregaba que, “se ha dicho que en la hipótesis en que parecería tener vigencia el argumento, se encuentran otras convenciones que se consideran válidas y que también implican el *votum mortis*, por ejemplo la renta vitalicia, el seguro de vida. Debe, pues, rechazarse la idea de que el *votum mortis* sea el fundamento de estas prohibiciones”. Tomado de Publicación del Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCV, Caracas, 1978, Código Civil de Venezuela: artículos 1.146 al 1.158, p. 301.

pactos sobre sucesión futura”.⁴¹ Entendiéndose por éstas los convenios que tienen por objeto fijar disposiciones sobre la herencia o sucesión de una persona viva, sin importar se trate de alguno de los contratantes o un tercero, bien comprenda todo el patrimonio, una porción o una cosa determinada del acervo patrimonial. De acuerdo con la norma la prohibición se refiere a la renuncia o estipulaciones sobre la sucesión futura. La idea, según la doctrina, es un poco prohibir en forma absoluta aquellos actos o negocios que tengan por objeto el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva.⁴² En el mismo Código existen diversas normas que refuerzan esta disposición, como: **artículo 833**: “El testamento es un acto revocable por el cual una persona dispone para después de su muerte de la totalidad o de parte de su patrimonio, o hace alguna ordenación, según las reglas establecidas por la Ley”; **artículo 835**: “No pueden dos o más personas testar en un mismo acto, sea en provecho recíproco o de un tercero”;^{Juris} **artículo 917**: “Es nula la disposición a título universal o particular hecha por el testador, bajo la condición de que sea él a su vez beneficiado en el testamento de su heredero o legatario”; **artículo 1.022**: “No se puede, ni aun por contrato de matrimonio, renunciar a la herencia de una persona viva, ni enajenar los derechos eventuales que se puedan tener a aquella herencia”^{T artículo} y **artículo 1.484**: “Es inexistente la venta de los derechos sobre la sucesión de una persona viva, aun con su consentimiento”.⁴³ Estas disposiciones están comprendidas en la categoría

⁴¹ Maduro L., Eloy. *Ob. Cit.* p. 441.

⁴² Alessandri B., Arturo. *Ob. Cit.*, tomo I. p. 135.

^{Juris} “Como lo han afirmado los Jueces de Instancia en el presente caso y como lo han decidido otros en casos análogos, y lo sostiene también jurisprudencia de este Alto Tribunal sentada en juicio anterior, la prohibición del artículo 835 C.C. en vigor se refiere exclusivamente a la forma del testamento y de ningún modo al fondo, o sea, al derecho que tiene dos o más personas de instituirse herederos recíprocamente, o bien de testar en favor de un tercero. La ley lo que prohíbe es que tal institución ocurra en un mismo acto, esto es, que sea otorgada en un mismo documento. Aparte de esa prohibición formal de naturaleza formal, bien pueden dos o más personas testar en provecho recíproco o a favor de un tercero, merced el otorgamiento de instrumentos individuales en actos separados y con iguales disposiciones por parte de cada testador. Todos pueden testar hasta en un mismo día. Lo que exige la ley es que ello ocurra en actos separados, que cada otorgamiento descansa en un instrumento individual. Como se consigna en la Exposición de Motivos del C.C. vigente, la causa principal de la prohibición que contiene el prenombrado artículo estriba en el inconveniente que presentaba para esos testamentos la necesidad de concurrir los mismos otorgantes a su revocación”. CFC. (Sala de Casación), GF N° 11, 1E, pp. 523-524/ 4-8-52. Tomado de Lazo, Oscar. *Ob. Cit.* p. 513 s.

^{T artículo} En correspondencia con el artículo 142 del Código Civil que establece la nulidad de “los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o las buenas costumbres ...”.

⁴³ *Cfr.* Publicación del Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCV, Caracas, 1978, Código Civil de Venezuela: artículos 1.146 al 1.158. p. 298. “La prohibición referente a las estipulaciones sobre una sucesión futura se entiende, no sólo acerca de la universalidad de los bienes que componen la herencia, sino también de las cosas individuales que se esperan con aquel título. No puede el futuro heredero vender el derecho que le quepa en la sucesión después de la muerte del *de cuius*, ni el que sabe que se le ha favorecido con un legado en el testamento podría enajenar la cosa legada antes de la muerte del testador, aunque éste prestase su consentimiento para ello y se conviniera que no se verificará la tradición hasta la época expresada”.

de las que constituyen el derecho excepcional;⁴⁴ ellas se fundan en razones de utilidad social, porque aparte la circunstancia de que un pacto de tal naturaleza, haciendo nacer antes de tiempo derechos que tienen por objeto una sucesión futura, hace surgir el deseo de efectuar o realizar lo más pronto el derecho adquirido, y este deseo que va unido al de la muerte del *de cujus* puede ser causa de delitos.⁴⁵ Modernamente se han considerado no muy sólidos estos argumentos, prefieren orientarse a señalar que tal previsión tiende a proteger al heredero poco juicioso que movido por la necesidad venda por precio irrisorio sus derechos, de suerte que se pronuncian que esta prohibición debe desaparecer o hacerla menos rigurosa.⁴⁶

También se contempla en el Código Civil la nulidad acerca de las donaciones sobre los bienes futuros en el artículo 1.433. Se prohíbe, también en el artículo 1.893 la hipoteca convencional sobre bienes futuros. En el primer caso las razones son fundamentalmente las mismas con relación a la sucesión que se trató *ut supra*. Pero en el segundo caso, se basa en las condiciones de constitución de la hipoteca, las cuales deben ser sobre cosas perfectamente determinadas, propiedad del hipotecante y registrada en la oficina de registro público respectiva. ¿Cómo se puede constituir hipoteca sobre un inmueble inexistente o ajeno, sino no se puede otorgar en el registro?

Todas estas nulidades que hemos señalado por ser sobre un objeto prohibido para su comercio, o ser un objeto ilícito o por condiciones prohibidas por la ley, se fundamentan en diversas razones. En ellas está involucrado el interés público y la necesidad del Estado de velar por el bienestar colectivo, además de la protección que la sociedad debe brindar el débil jurídico, así como evitar desafueros humanos y jurídicos.⁴⁷ Por ejemplo, las drogas ocasionan problemas de salud y problemas sociales, permitir el libre comercio sería profundizar tales problemas. Todas estas situaciones han llevado al legislador a estipular, en función del interés público y las buenas costumbres, normas que prohíben determinadas actividades y a sustraer del giro normal de los

⁴⁴ Ramírez, Florencio. *Ob. Cit.* tomo II. p. 368.

⁴⁵ *Cfr.*: Publicación del Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCV, Caracas, 1978, Código Civil de Venezuela: artículos 1.146 al 1.158. p. 301. "Los contratos sobre una sucesión futura no abierta todavía, suelen llamarse pactos o contratos sucesorios. Están prohibidos, no tanto por la incertidumbre de los derechos sucesorios y su importancia, cuando por el deseo y el interés que despiertan acerca de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata, en otros términos son prohibidos por el "*votum captandae mortis*" (tomado de Sanojo, L. Instituciones de Derecho Civil. Tomo III. p. 25)".

⁴⁶ Alessandri B., Arturo. *Ob. Cit.* tomo I. p. 137.

⁴⁷ Maduro L., Eloy. p. 442.

negocios jurídicos ciertas cosas o bienes y prohibir la realización de actos o negocios sobre los mismos.

6.2. POR CAUSA ILÍCITA

En el contenido del citado artículo 1.141 el 3 literal se refiere a la condición de “causa lícita”. En la teoría de las obligaciones y de los contratos el tema de la causa es uno de los más controvertidos, por ello nos encontramos con diversidad de definiciones que expresan las tendencias doctrinarias. Debe decirse que la causa es un elemento del contrato indispensable a su existencia, distinto del objeto y del consentimiento, teniendo características y autonomía propias. En nuestra legislación, según la opinión de Maduro Luyando,⁴⁸ el tratamiento que le da al concepto causa es como “causa final”, esto es, como propósito perseguido al contratar y que es el que motiva el consentimiento y le da significación.

Por definición del comentado artículo 1.141 la causa tiene que ser lícita para que tenga validez y efectos el contrato. Por argumento en contrario los contratos que contengan obligaciones cuya causa sea ilícita no tienen validez ni efectos y son sancionados con nulidad.^{Juris} También debe indicarse que si la norma *in commento* exige “causa lícita” se entiende que si no hay causa, en el momento de celebrarse el contrato que es cuando las partes se obligan, el contrato queda afectado de nulidad absoluta.⁴⁹ Es comprensible que si la ausencia de la causa es posterior al perfeccionamiento del contrato no está afectado de nulidad absoluta sino de nulidad relativa.⁵⁰

⁴⁸ *Ibidem. Ob. Cit.* p. 405.

^{Juris} JdC. Sent. 8-6-60. “Como lo establece el ordinal 3º del artículo 1.141, la causa lícita es una condición indispensable para la existencia misma de los contratos, y conforme al artículo 1.157 *ejusdem*, la causa ilícita cuando es contraria a la Ley, a las buenas costumbres y al orden público. Precisamente en el caso de autos se objeta la obligación, por ser su causa tan clásicamente contraria a la Ley, que está tipificada como delito dentro de nuestro CP (adulterio), y considerada especialmente en el también artículo denunciado 767 del Código Civil, al establecer, refiriéndose a la presunción de comunidad en las uniones concubinarias, que: “Tal presunción solamente surte efectos legales entre los concubinos y entre sus respectivos herederos, y también entre uno de ellos y los herederos del otro, salvo caso de adulterio”. En el caso de autos, al reconocerse validez a la obligación y título hipotecario objetado en virtud de una posible convalidación, por haberse efectuado el reconocimiento de la deuda y constituido el gravamen hipotecario cuando ya la relación había dejado de ser adulterina, se violan los denunciados artículos 767 y 1.141, ordinal 3º, y 1.157 del Código Civil, pues, tratándose de un requisito indispensable para la existencia misma del contrato, es inadmisibles toda convención o corrección. Muy diferente hubiera sido la situación de tratarse de un vicio de consentimiento o de una incapacidad legal, causales de nulidad en los contratantes”. Tomado Lazo, Oscar. *Ob. Cit.*, pp. 579/580.

⁴⁹ Mazeaud, J. *Ob. Cit.* Parte II. Vol. I. p. 333. Exponen los autores así: “6ª. La ilicitud de la causa y la falta de causa tienen por consecuencia la nulidad absoluta”.

⁵⁰ Maduro L. Eloy. *Ob. Cit.* p. 422.

El contrato con causa ilícita está afectado de nulidad absoluta y ocurre cuando los motivos perseguidos por las partes son ilícitos y éstos han sido determinantes en el consentimiento.^{Juris} Nuestro legislador fue influenciado por la doctrina italiana, que asumía la concepción subjetiva de la causa,⁵¹ o sea, que juzga la causa como la intención de las partes y que es ella quien determina el consentimiento. Entonces, se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato.⁵² Por supuesto sin excluir que la intención de las partes de alguna manera tiene que estar subordinada a la función socio-económica que debe cumplir el contrato en cuestión.⁵³ En este sentido se sanciona con nulidad la finalidad ilícita que persigan las partes.^{Juris}

En la legislación venezolana se encuentran diversas normas que estipulan la causa ilícita, tomando como base la clasificación del Profesor Miliani Balza⁵⁴ las ordenaremos así:

6.3 POR ATENTAR CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO O SOCIAL

a) **Las Capitulaciones Matrimoniales** que se hayan constituido violentando el contenido de los artículos 143 y 144. Los cónyuges, en principio, tienen cierta libertad para establecer el régimen que van a adoptar respecto a

^{Juris} DFSC2, Sent. 3-8-53, JTR., Vol. III, p. 60 “En el concepto jurídico actual, la causa es independiente de las formas extrínsecas de la convención y equivale a la finalidad que las partes han tenido en mientes al celebrar el contrato, lo que justifica las consecuencias legales del mismo”. Ver. Publicación del Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCV, Caracas, 1978, Código Civil de Venezuela: artículos 1.146 al 1.158, p. 382.

⁵¹ Giorgi, Jorge. *Ob. Cit.* Vol. VIII, p. 216.

⁵² Canosa Torrado, Fernando. *Las nulidades en el Derecho Civil*, p. 239. Comentaba el autor: “finalmente, los móviles individuales pueden tomarse en cuenta cuando han dado soporte a la voluntad el impulso o han sido su soporte, correspondiéndole al juez apreciar su trascendencia, y sin son ilícitos el contrato será nulo”.

⁵³ Alessandri B., Arturo. *Ob. Cit.*, tomo I, p. 202. El autor citando a Velasco Letelier, así: “...ello es perfectamente lógico, porque si un hecho es inmoral, también debe serlo y lo es, la obligación de realizarlo, y si la obligación de efectuar un hecho es contraria a la ley o al orden público, también lo es la ejecución misma del hecho”.

^{Juris} Lazo, Oscar. Código Civil de la República de Venezuela, p. 580. JdI. “En la causa ilícita la Ley va más allá del vicio del consentimiento, como lo alega el actor, y el juzgador debe inquirir los propios móviles o impulsos subjetivos de los contratantes. Precisa, pues, analizar los elementos probatorios constantes en los autos para determinar si de su examen a fono resulta demostrada la ilicitud de la causa... Las evidencias que se dejan expuestas conducen a la conclusión de que la dación en pago del terreno objeto de este litigio está revestida de características contrarias a las buenas costumbres y también al orden público, ya que las maniobras de G. para adquirir el terreno por un precio diez veces inferior a su valor real pueden considerarse como perturbadores del orden social. JTR, Vol. II, pp. 103 y 105; DFSC2/28-1-52. También Cfr: JdC. Sentencia 12-2-29, M. 1930, p. 146.

⁵⁴ Miliani B., Alberto. *Ob. Cit.* p. 264.

sus bienes, estando ésta limitada por lo dispuesto en el artículo 142 *ejusdem*. Conforme a éste, serán nulos los pactos de los esposos que vayan: 1° Contra las Leyes, 2° Las buenas costumbres y 3°. En detrimento de los derechos y obligaciones que respectivamente tienen en la familia y prohibitivas del Código. En las normas citadas arriba, 143 y 144, se establecen la forma de constituirse y de realizar modificaciones sobre las mismas. Esto es, como lo exponía el profesor Víctor Luis Granadillo, las capitulaciones matrimoniales “deben hacerse en forma solemne (artículo 143) y las estipulaciones son inmutables (artículo 144)”.⁵⁵ Allí se establecen sus requisitos, caso contrario son nulas.

En lo referente al primer artículo que trata sobre la constitución de las capitulaciones matrimoniales ordena que debe constituirse por documento público* e inscribirse ante el Registrador Subalterno antes de la celebración del matrimonio.⁵⁶ Es preciso señalar que el artículo 1.650 del Código Civil establece algunas prohibiciones que inciden en las capitulaciones matrimoniales, al respecto señala el Profesor López Herrera “no son lícitos en nuestro país, los regímenes de comunidad universal; los de comunidad de bienes muebles, los de comunidad de bienes muebles y gananciales, los de comunidad de bienes futuros, ni los de separación con participación, ya que todos ellos constituyen, en una u otra forma, sociedades universales en el sentido indicado en el artículo 1.650”.⁵⁷

Las capitulaciones matrimoniales celebradas con anterioridad al matrimonio son del tipo de negocio jurídico denominados “inmutables”, esto es, que no pueden ser modificadas, alteradas ni derogadas por voluntad o acuerdo entre las partes o de éstos con terceros. Sobre este principio hay **dos excepciones**, a saber: **a)** pueden ocurrir modificaciones antes de la celebración del matrimonio, lo cual está previsto en el artículo 144, pero deben cumplirse

⁵⁵ Granadillo C.; Víctor L. *Tratado Elemental de Derecho Civil Venezolano*. Tomo I. p. 219.

* Nota: El artículo 1.357 dispone: Instrumento público o auténtico es el que ha sido autorizado con las solemnidades legales por un registrador, por un Juez u otro funcionario o empleado público que tenga facultad para darle fe pública, en el lugar donde el instrumento se haya autorizado”. El artículo 143 exige que se otorgue ante el registrador o por documento auténtico, por ello hemos preferido utilizar el concepto de documento público. Lo indispensable es que sea inscrito en el Registro Subalterno.

⁵⁶ López Herrera. F. *Anotaciones sobre Derecho de Familia*. pp. 424/425. Exige el artículo 143 citado que la protocolización debe verificarse en la jurisdicción del lugar donde se celebre al matrimonio.

⁵⁷ Perera Planas, Nerio. *Código Civil Venezolano*. p. 1014 Citando como doctrina al Prof. J. L. Aguilar Gorrondona “Son sociedades a título particular las que implican el aporte de bienes o actividades específicamente determinados... Son sociedades a título universal las que no se limitan a bienes o actividades especificadas”.

los mismos requisitos señalados con anterioridad, es decir, otorgarse en documento público, con anterioridad al matrimonio⁵⁸ e inscribirse en el Registro Subalterno en la jurisdicción en donde se celebre el matrimonio, además para que tenga efectos contra terceros debe, según ordena el artículo 145 *ejusdem*, insertarse la nota marginal en los protocolos del instrumento respectivo, incluso en dicho artículo se pauta que no podrá otorgarse copia del instrumento de las capitulaciones sin la inserción de la nota predicha, previéndose multas por la omisión independientemente de las acciones civiles o penales que fueren procedentes; **b)** por resultados de acción judicial bien sea por acción de nulidad o por acción de resolución por incumplimiento del demandado según lo establece el artículo 1.167.^{Art} Cuando la demanda es declarada con lugar, en estos casos, la sentencia determinará los cambios a que diere lugar.

De lo expuesto debe indicarse que es procedente la nulidad absoluta cuando se hayan violentado las disposiciones contenidas en los artículos 143 y 144 comentados, es decir, que no consten en documento público, que no hayan sido otorgadas con anterioridad al matrimonio y que no se haya protocolizado el instrumento en el registro Subalterno de la jurisdicción respectiva.⁵⁹ Es claro que, también, exista nulidad absoluta cuando estén presentes quebrantamientos de prohibiciones legales consagradas por razones de orden público o en resguardo de las buenas costumbres; por supuesto, que serán afectadas de nulidad las capitulaciones matrimoniales que tengan objeto ilícito, por ejemplo, convenios sobre sucesiones futuras, que violen normas que dispongan sobre los deberes y derechos conyugales, separación de cuerpos, etc.⁶⁰

Con relación a sus efectos, es lógico que al declararse la nulidad de las capitulaciones matrimoniales, el régimen sobre los bienes de los cónyuges será el de la comunidad legal prevista en el artículo 148, como derecho suplementario.⁶¹

⁵⁸ López Herrera. F. *Ob. Cit.* p. 427. Expresa el autor que en muchas legislaciones se autoriza la modificación de las capitulaciones matrimoniales después de celebrado el matrimonio, pero dejando a salvo los derechos de terceras personas”.

^{Art} Artículo 1.167 C.C. “En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a esto”.

⁵⁹ Alessandri B. Arturo. *Ob. Cit.* tomo I. p. 235. Este autor expone que hay formalidades o requisitos que no se refieren a la calidad o estado de las partes que en el acto intervengan, sino que la ley los exige por la naturaleza del acto jurídico de que se trata...”.

⁶⁰ *Ibidem.* p. 432.

⁶¹ Granadillo C., Víctor L. *Ob. Cit.* tomo I. p. 225.

b) **Convenir o estipular en contrato la prohibición de enajenar y/o gravar inmuebles determinados** en virtud de un préstamo con hipoteca, tal como lo dispone el artículo 1.267 del Código Civil, es causa de nulidad. Por supuesto, la nulidad afectará a la cláusula que estipule tal prohibición de enajenar o gravar; en consecuencia, subsiste el contrato de préstamo con hipoteca si cumple con los requisitos de Ley. Esta disposición tiene que ver con los derechos que son esenciales a la propiedad y a su vez con los derechos que conforma la hipoteca; en lo primero, es la libre disposición del propietario de la cosa, salvo las restricciones de ley, cualquier pacto que restrinja estos derechos afecta el orden económico-social; en lo segundo, la hipoteca tiene el derecho de persecución y de preferencia, extender los derechos a impedir los correspondientes al propietario hipotecante o del tercero hipotecante, atenta contra la libre circulación y negociación de bienes,⁶² por tanto afecta el orden económico. Es frecuente, en los contratos de hipoteca, especialmente en los bancarios o prestamistas, se estipulen cláusulas restrictivas del derecho del propietario, en algunos casos se disfrazan con cláusulas conminatorias o perentorias, por ejemplo, pérdida del plazo o de tipo de penalidades.^{Juris} La interpretación que los jueces deben dar a lo dispuesto en el artículo 1.267 debe ser amplia y ver que el significado de esa prohibición es no limitar el derecho del propietario y permitir las libres negociaciones.⁶³

⁶² López H., Francisco. *Ob. Cit.* p. 137.

^{Juris}. JTR. JdI. ”. JTR, Vol. VI, Tomo I, pp. 655/656; IIC2 / 22-2-57. Con la estipulación en examen,* los causantes del deudor J.R.C y del comprador del inmueble hipotecado dr. S.V.B., en ninguna forma se comprometieron a no enajenar ni gravar el inmueble que hipotecaron en garantía del préstamo recibido. Lo que estipularon fue solamente la pérdida del beneficio del término, en caso de enajenación o gravamen sin el previo consentimiento del acreedor, dado por escrito, que es circunstancia distinta de la de haberse obligado a no enajenar ni gravar. Habiéndose realizado la venta del inmueble hipotecado con fecha 5 de noviembre de 1956, sin el consentimiento del acreedor hipotecario, es evidente, conforme a lo pactado por los causantes del deudor y del comprador del inmueble hipotecado, que el deudor perdió los plazos, por lo cual la obligación derivada del préstamo es exigible y procedente, consecuencialmente, la ejecución hipotecaria”. Tomado de Lazo, Oscar. *Ob. Cit.* p. 641. No compartimos el criterio de la sentencia. En la práctica se disfraza la prohibición con este tipo de cláusula que es limitativo de los derechos del propietario y que, obviamente, transgreden el artículo 1.267. Es sabido, que las personas que acuden a hipotecar sus bienes es por carencia de recursos, salvo casos de inversión, sometándose a condiciones que cercenan sus derechos, situaciones de esta naturaleza deben revisarlas los jueces para evitar la violación de normas que afectan derechos y el orden económico y social. (*) Nota: No es procedente la abstención de registrar un documento, por el cual se vende una finca hipotecada, aun cuando en el documento comprobatorio del préstamo hipotecario exista prohibición de enajenar por el propietario de la finca gravada. En estos casos, el Registrador debe limitarse a cumplir con lo dispuesto por el artículo 90 de la LRP, es decir, advertir en las respectivas notas de registro. Así mismo se abstendrá de protocolizar el documento si la persona a quien interese especialmente la advertencia no estuviese presente. (Acuerdo de la CF, de 25 de octubre de 1960, aparecido en la Gaceta Oficial extraordinario N° 648 de noviembre del mismo años).

⁶³ Rivera M., Rodrigo. *Manual de Derecho Hipotecario Venezolano*. p. 166.

c) **Los contratos en las cuales las obligaciones están sometidos a condiciones imposibles, ilícitas o inmorales,**⁶⁴ son nulos según lo dispone el artículo 1.200 del Código Civil, si la condición es suspensiva y como no escrita si es resolutoria.

Este tipo de condición por su propia naturaleza son inejecutables o exigibles: ya porque sea imposible de cumplir debido a un hecho natural o una prohibición legal (ej. si vuelas sin ningún equipo o instrumento o si le vendes la Plaza Bolívar a alguien); ya porque la condición sea ilícita en virtud de violar normas de orden público (ej. si vendes droga en la calle);⁶⁵ o porque es inmoral, ya que afecta las buenas costumbres (ej. si te enamoras de un gay te pagaré ...).⁶⁶ Los efectos previstos en el artículo *in commento* es causar la nulidad de la obligación cuando las condiciones son suspensivas y de reputarse como no escrita cuando son resolutorias. Debe tenerse en cuenta, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.201, que si la condición imposible se establece en forma negativa, es decir, que se estipula no realizar el hecho imposible (ej. te pagaré si no vuelas sin instrumentos o equipos...) la obligación se reputa pura y simple, por tanto, es válida. Debe mirarse, también, que en caso de los testamentos las condiciones imposibles, ilícitas o inmorales, según lo pauta el artículo 914 *ejusdem*, se considerarán como no escritas, manteniendo la validez el acto dispositivo, eliminándose sólo las condiciones de ese carácter.

En el segundo aparte del artículo que se comenta dice “En todo caso, la condición resolutoria contraria a la ley o a las buenas costumbres, hace nula la obligación de la cual ha sido causa determinante”. En principio, pareciese que hay una contradicción con el primer aparte del artículo, puesto que estipula que tal condición se reputa no escrita, por lo que dejaría vigente la obligación como pura y simple. Conforme a la influencia doctrinal del legislador tal contradic-

⁶⁴ Granadillo C., Víctor L. *Ob. Cit.*, tomo IV. p. 430. Expresa este autor que “son condiciones contrarias a las leyes, las que se estampan en los actos jurídicos, violando disposiciones terminantes de la legislación de un país”. Más adelante, tratando de hacer una clasificación de las condiciones contrarias a la ley, expone: “Hasta el presente, he aquí las leyes consideradas siempre de orden público: todas las que imponen la comisión de delitos o faltas castigadas por el Código Penal (o Leyes Especiales, agregado nuestro) “si matas, si robas, si extorsionas, si injurias, etc.”. Todas las consagradas por las garantías individuales de la Constitución Nacional: “te instituyo heredero si violas la correspondencia...”. En el orden civil, que es el que más nos interesa, se consideran no escritas en materia de testamento, todas las que impongan la desaparición, modificación o violación de los derechos de familia...”.

⁶⁵ Barbero, Domenico. *Derecho Privado*. Tomo I. p. 578. Dice el autor: “**ilícitos**, si el evento es contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres”.

⁶⁶ Maduro L., Eloy. *Ob. Cit.* p. 239.

ción no existe, como bien lo expuso el profesor Florencio Ramírez⁶⁷ el elemento definidor o diferenciador es la causa, entendiéndose que en el primer aparte la condición no sea la causa determinante de la obligación, mientras que en el segundo aparte si debe ser la condición causa determinante.*

d) **Los contratos en los cuales las obligaciones están sujetas a condición puramente potestativa** son nulos conforme a lo preceptuado en el artículo 1.202 del Código Civil. En el segundo párrafo del artículo 1.999 se define la condición potestativa así: “Es aquella cuyo cumplimiento depende de la voluntad de una de las partes”. Es decir, la condición depende de la voluntad, indistintamente, del acreedor o del deudor. En el supuesto establecido en el artículo 1.202, el legislador ha dispuesto que la obligación que depende de la voluntad del obligado es nula. Pareciera que existe una contradicción entre el artículo 1.999 y el 1.202, puesto que en el primero reconoce su existencia jurídica.⁶⁸ El fundamento de esta sanción está que no existe realmente una obligación en el sentido estricto, puesto que el “supuesto obligado” no es obligado, ya que el cumplimiento está subordinado a su voluntad y esto entra en el campo del derecho subjetivo, que es el derecho potestad.^{Juris} El Profesor Maduro Luyando⁶⁹ afirma que el legislador consideró que una obligación en tales circunstancias quien las asuma no tiene intención real de contratar.

⁶⁷ Ramírez, Florencio. *Ob. Cit.* tomo II. p. 405.

* Nota: Se toma como causa la intención de las partes.

⁶⁸ *Ibidem*. p. 404.

^{Juris} Cfr: C. de C. (Sala Civil, Mercantil y del Trabajo), GF N° 8, Vol. II. 2E, pp. 158 y 159. 8-6-55. “Pero la doctrina y la jurisprudencia en esta materia ofrecen muy variadas soluciones, que pueden reducirse a esta síntesis, según la naturaleza del hecho o hechos que requieran el acto volitivo: si se trata de algo en que la decisión puede fijarse al mero capricho del obligado, en la forma clásica del “si voluero”, o en el lenguaje rústico “si me da la gana”, se afianza el concepto de nulidad de la obligación”. Nuestros Tribunales han mantenido estos criterios, por ejemplo: JTR 23-10-59. V. VII. T. II. pp. 799 s. “los profesores Planiol y Ripert, dicen: “Una obligación puede concertarse válidamente bajo una condición puramente potestativa por parte del acreedor; pero no puede serlo bajo una condición puramente potestativa para el que queda obligado, ya que no es obligarse el hecho de obligarse “si yo quiera”...”. Considero importante transcribir parte de una diferenciación doctrinaria hecha por la Corte. Cfr: CS1CDF 28-10-63. Ramírez y Garay. V. VIII. p. 85 s. “Se pretende la nulidad de la obligación adquirida por la demandada, de otorgar los títulos de propiedad, cuando la urbanizadora las haya liberado de la hipoteca que pesa sobre ellas, una vez efectuado el pago; pretensión que se funda en el alegato de que así concebida la obligación se ha sometido a una condición potestativa que depende de la voluntad de la demandada y por consiguiente, es nula, de conformidad con el artículo 1.202. Ajuicio de esta Corte, la pretensión que antecede se basa en una apreciación falsa, resultante de la confusión entre condición y término. La condición hace nacer la obligación con el acaecimiento de un hecho futuro e incierto, la resuelve por lo mismo. Es decir, que la condición es suspensiva cuando la existencia de la obligación depende del hecho futuro e incierto, y es resolutoria cuando al realizarse el hecho futuro e incierto las cosas se reponen al estado que tenían, como si la obligación no se hubiese jamás contraído”.

⁶⁹ *Ibidem*. *Ob. Cit.*, p. 238.

En el artículo 1.202 se consagra el principio general de nulidad de las condiciones potestativas, lo que indica que todos aquellos actos, negocios o contratos jurídicos que dependan exclusivamente de la voluntad del obligado son nulas, así por ejemplo: En el artículo 1.448 *ejusdem* se reputa nula toda donación hecha bajo condición potestativa.^{Art} También, es oportuno acotar que existen excepciones, las cuales están establecidas en la ley, así por ejemplo, en materia de donaciones, la contemplada en el artículo 1.451.

e) **Las nulidades establecidas con relación al contrato de pacto de retracto** que se preceptúan en los artículos 1.534 y 1.545 del Código Civil. Así el artículo 1.534 en su segundo aparte estipula “Es nula la obligación de rescatar que se imponga al vendedor”. No puede obligarse al vendedor a rescatar el bien vendido, puesto que desnaturalizaría la definición misma de retracto que es una reserva que hace el vendedor, esto es, que depende de su voluntad, la cual se define como una condición resolutoria. La doctrina ha expresado que el derecho de retraer es un derecho facultativo.⁷⁰ Obviamente, que el retracto al definirse como una reserva del vendedor, por supuesto aceptada por el comprador, queda sujeta a su voluntad, siendo para él un derecho subjetivo, o potestad o facultad. No puede obligarse, en consecuencia, a establecer en el retracto una obligación sobre su subjetividad, facultad que incluso define la ley, por ello, ella misma lo prohíbe. Indiscutiblemente que esa facultad se ejecuta por la manifestación de voluntad del vendedor de retraer la cosa vendida; sin embargo, debe cumplir las obligaciones contenidas en el artículo 1.544 del Código Civil,^{Juris} lo cual no significa que aquella dependa de ésta, son independientes, lo que sucede es para tomar posesión de

^{Art} 1.448: “Es igualmente nula toda donación hecha bajo condiciones cuyo cumplimiento depende de la exclusiva voluntad del donante”.

⁷⁰ Aguilar G. J. L. *Contratos y Garantías. Derecho Civil IV*. p. 258.

^{Juris} Cfr: CdeC. (Sala Civil, Mercantil y del Trabajo), GF N° 5, 2E, pp. 294 y 295. 20-7-54. Lazo, Oscar. *Ob. Cit.* p. 793-795. “Diferentes como son las instituciones del retracto convencional y del retracto legal, y establecida una regla para la primera con respecto a lo que tiene que entregar la otra parte, quien ejerce el retracto convencional, era lógico que el legislador consignara una previsión expresa en punto al legal. Y en este orden de ideas consideró justo asimilar el uno al otro. De esta manera, pues, el artículo 1.544, transcrito, es denominador común. Pero si es cierto que tal norma legal establece claramente lo que ha de entregar el retrayente, no es menos verdad que la ley no pauta ocasión ni forma específica para hacer dicha entrega. Aquél estará, por tanto, a cubierto con manifestar su voluntad de retraer en tiempo hábil. Y de convenir en ello la otra parte, ambas ejecutarán el contrato y cumplirán sus recíprocas obligaciones”. Estos criterios, como así lo expresa la Corte Suprema de Justicia, han sido ratificados por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Cfr: JTR. 16-2-67. Vol. XV. p. 466. “...Es lo cierto pues que el derecho de retracto (legal o convencional) no está sometido al pago previo del precio de la venta y de los gastos y costos de la misma ni al ofrecimiento real y depósito de las sumas correspondientes, sobre todo porque el artículo 1.544 no pauta ocasión ni forma específica para hacer dicho reembolso por lo cual el

la cosa debe satisfacer tales obligaciones, mientras el comprador tenedor de la cosa está facultado para ejercer la retención.

Con relación a las cláusulas que determinen la pérdida del derecho de retracto,^{Juris} por penalidad por falta de pago de los cánones de arrendamiento, es nula tal como lo prevé el artículo 1.545 del Código Civil. El legislador ha querido separar ambas figuras, de suerte que el retracto no dependa de la otra. La norma comentada estipula que referente al arrendamiento éste se ventile por su propio procedimiento. De suerte que la falta de pago de los cánones de arrendamiento no es causa ni puede estipularse que lo sean para perder el derecho de rescate. La norma manda a que lo debido por ese concepto se cobre por el procedimiento respectivo en el tribunal competente.*

f) **La cláusula que libere al vendedor de sanear la evicción** proveniente de un hecho personal o si procediere el vendedor de mala fe es nula tal como lo prevé el artículo 1.506 del Código Civil. La doctrina ha fundamentado que el vendedor debe abstenerse de cometer acciones perjudiciales, sean de carácter civil o penal, para impedir al comprador entrar en posesión y disfrute de la cosa vendida, quedan a salvo el ejercicio de los derechos que le corres-

interesado está a cubierto al manifestar su clara voluntad de retraer en el tiempo hábil". Cfr: CSICDF, 25-11-71, Ramírez y Garay. Vol. XXXII, p. 123 s. "Independientemente de que no se ha comprobado la realización de mejoras, ni de reparaciones al inmueble, tanto esta circunstancia como la cuantía de los gastos reembolsados son materia de ejecución no discutibles en esta fase del juicio. Este criterio, abonado por una numerosa y pacífica jurisprudencia de nuestros Tribunales, puede resumirse así: "Basta así con la simple declaración de voluntad del retrayente para que se perfeccione la condición resolutoria y que las obligaciones que generan de tal acto no son sino una consecuencia de aquél. Por otra parte, no es clara y definitiva la intención del legislador de imponer simultánea o coetáneamente a la manifestación de voluntad el desembolso del precio y demás gastos para que aquélla pueda producir efectos, no siendo, por tanto, elemento fundamental y necesario de la acción ejercida el reembolso de lo debido". Cfr: Perera Planas, N. *Ob. Cit.* p. 951.

^{Juris} Ramírez y Garay. Jurisprudencia... Tomo CXXXV, año 1995. pp. 19-22. Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Área Metropolitana. Caso Operalca C.A. contra Inmobiliaria Pacaraima C.A. dice: "La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, concretamente un fallo pronunciado el 4 de noviembre de 1980, para resolver recurso de casación interpuesto en el proceso seguido por Las Mil y Una Noches C.A. contra Luisa Margarita De Statuis Muller y Julio Costa. 4-11-1980. N° 215, dejó sentado el siguiente criterio: "...es una operación *sui generis* que no hay que confundir ni con una resolución ni con una anulación de la cesión. Tampoco es una reventa ni una retrocesión. Solamente hay sustitución de un nuevo adquirente, mientras la antigua cesión subsiste. Porque conviene dejar claramente establecido que, nuestro legislador, en el artículo 153 del Código Civil consagra que el contrato de venta puede resolverse por el ejercicio del derecho de retracto hay que entender que se está refiriendo al retracto convencional, ya que el retracto legal no produce en absoluto la resolución de la venta; como tampoco, además, produce su nulidad".

* Nota: Estas últimas el Doctor Francisco López Herrera las aglutina en amplio campo como las que son "tendientes a evitar la usura y el agiotismo".

ponden por ley o por contrato en la condición de vendedor. El jurista Aguilar Gorrondona dice que “el saneamiento por hecho propio exige del vendedor que se abstenga de realizar cualquier derecho que en forma material o jurídica impida al comprador entrar en posesión de la propiedad o derecho vendido o lo desposea de una u otro”.⁷¹ No puede convenirse la liberación del hecho propio del vendedor, puesto que ello podría prestarse para fraudes o engaños en perjuicio del comprador. Por otra parte, la permisibilidad de la liberación del hecho propio acarrea distorsiones al orden económico en el sentido de la seguridad de la propiedad y da pie al desequilibrio entre las partes.* Es evidente que la ley no prohíbe aquellos derechos que puede ejercer el vendedor en su condición de tal, por ejemplo, retener la cosa por falta de pago del precio, demandar la nulidad o resolución; la prohibición versa sobre aquellos que violen los derechos del comprador, por ejemplo, despojo por violencia, ejercicio de la acción reivindicatoria.

También es nula la estipulación que libere al vendedor de mala fe del saneamiento, salvo que el comprador conociese la causa de la evicción. Si el comprador conoce la causa de la posibilidad de la evicción se entiende que asume el riesgo, pero, indudablemente, si el vendedor conoce la causa y la oculta, su proceder es de mala fe y esto es sancionado por la ley.**

6.4 EN VIRTUD DE LA PROTECCIÓN DE INTERESES FAMILIARES

La familia es reconocida como la célula fundamental de la sociedad, tanto en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada por las Naciones Unidas, como en nuestra Constitución Nacional en su artículo 75. Siendo la familia la asociación natural por excelencia y el espacio fundamental para el desarrollo de las personas, es indudable que el Estado tiene la necesidad y la obligación de proteger y brindarles seguridad jurídica a las instituciones familiares de manera que se establezcan y obtengan situaciones propicias para su desarrollo y la de sus miembros. Así tenemos las siguientes nulidades en función de la protección de intereses familiares:

⁷¹ Aguilar G. José L. *Ob. Cit.* p. 218.

* Nota: El Doctor Francisco López Herrera (*Ob. Cit.*) los incluye en los que él denomina “protección de la seguridad en la propiedad y en las transacciones”.

** Nota: *Cfr.* con los artículos 1.458 y 1.507 del Código Civil. También debe revisarse el artículo 1.154 *ejusdem* que se refiere al dolo. Debe entenderse que el dolo debe ser causante, esto es que aquél haya sido determinante en el negocio, de tal manera que si “lo ocultado” hubiera sido conocido por el contratante - lesionado, éste no hubiera contratado.

a) **El matrimonio**, en nuestra legislación civil, se ha considerado como el eje de las relaciones familiares, un poco asumiendo la necesidad de darle formalidad a las relaciones de familia. En este sentido se ha colocado al matrimonio como el punto de partida de un conjunto de relaciones de las cuales se derivan consecuencias patrimoniales, de filiación, de sucesión, de obligaciones, etc. Por ello, el legislador ha considerado conveniente que el matrimonio debe estar sometido a una serie de requisitos para su celebración, de suerte que la transgresión de los mismos puede dar lugar a la nulidad (absoluta o relativa),* en aras de la protección de la institución familiar.

En la regulación civil del matrimonio la ley contiene una serie de prohibiciones, que la doctrina llama “*impedimento*”.** La ley en algunos casos prohíbe la celebración del matrimonio, en caso que se celebre se conceptúa viciado de “nulidad absoluta”, la cual “es perpetua en el sentido de que el matrimonio no puede, por ningún medio jurídico, convertirse en perfecto”,⁷² en cuyo caso la doctrina ha llamado que se trata de un “impedimento dirimente absoluto”.

En el Código Civil en el Capítulo IX, Título IV, del Libro Primero trata sobre la anulación del matrimonio. En el artículo 117 se estipula lo que se puede considerar como impedimentos absolutos y por consecuencia el matrimonio celebrado bajo esos supuestos es objeto de nulidad absoluta. Sin embargo, la doctrina califica de absolutos a los contemplados en los artículos 50,^{Juris} 51, 52,⁷³ 55* y 56, que refieren al matrimonio anterior válido, lazos de sangre primarios, en caso de homicidio ejecutado, frustrado o intentado y en casos por rapto, violación o seducción, respectivamente.

* Nota: En sentido absoluto: en cuanto son comunes a todo contrayente, por ej. la edad, la libertad, etc.; en el sentido relativo: son aquellas que son impuestos a algunas personas, por ej. impotencia, entredicho.

** Nota: Los requisitos exigidos para la validez del matrimonio se conocen como “impedimentos”, según expresión usada por el Derecho Canónico y que nuestro legislador ha utilizado. Cfr: Ramírez, Florencio. *Ob. Cit.* Tomo I. p. 108.

⁷² Granadillo C. Víctor L. *Ob. Cit.* tomo I. p. 94.

^{Juris} *Ibidem.* p. 96. Cita sentencia de Jurisprudencia y Crónica de los Tribunales de Primera Instancia en el año 1946, pág. 28. Dice: “Y no aparece que el primer matrimonio haya sido disuelto o anulado. Por lo expuesto, se declara la nulidad demandada, y se dispone que, al quedar ejecutoriada esta decisión, se la inscriba en el Registro Civil y se abra el juicio penal correspondiente, de conformidad con los artículos 126 y 129 del Código Civil”.

⁷³ *Ibidem.* p. 101. El autor expresa: “Entre estos parientes está prohibido el matrimonio porque es contra la moral y las buenas costumbres que el afecto nacido al calor del respeto y la veneración, y de ese vivir común característico que existe entre hermanos, se convierta en un momento dado en semillero propicio para el amor carnal”.

* Es imprescindible que el delito sea **intencional**.

b) **El artículo 1.463 del Código Civil califica de inválida la renuncia anticipada al derecho de pedir la revocación** de donación por causa de ingratitud o por supervinencia de hijos. No se puede pactar en contrato o por una simple declaración la irrevocabilidad de la donación. Esto no es más que una consecuencia de lo establecido en el artículo 6 *ejusdem* que dispone: “No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres”. El fundamento está que una renuncia de tal naturaleza da pie a que se cometan acciones que pueden ser calificadas de ingratitud y porque atenta contra la integridad familiar y el orden de suceder.

c) **Es nula la cláusula en contratos de arrendamiento que prohíban tener hijos o no ser extranjero el inquilino,**** así como establecer discriminaciones relativas a raza, sexo, credo o condición social, esto se desprende del artículo 17 ordinal “a” de la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios (1999); sin embargo, se establece la excepción en el parágrafo único del referido artículo.

6.5 POR SER CONTRARIA A LOS FINES DE LA LEY

Es obvio que las prohibiciones que establece la ley son de obligatorio cumplimiento y en el sentido teleológico persigue una finalidad. Los fines de la ley pueden ser de cualquier naturaleza, son previsiones que el legislador toma para la evitar el abuso en las relaciones jurídicas o para impedir acciones irregulares,^{Juris} por esas razones se establecieron los artículos 5 y 6 del Código Civil.

a) Cláusula de renuncia a la prescripción antes de adquirirla tal como lo dispone el artículo 1.954 del Código Civil. Esta norma se refiere a la renuncia anticipada. La situación prevista en la norma tiene que ser interpretada en conjunto con lo dispuesto en el artículo 1.957, que estipula que la prescripción puede ser expresa o tácita y define lo que debe entenderse como renuncia tácita. Aquí la nulidad tiene un fundamento legal tal como se estipula en el artículo 6 *ejusdem*.

b) La cláusula de irrevocabilidad del mandato por cuanto contradice lo ordenado en el artículo 1.706 del Código Civil que dice que “El mandante

^{**} Esto estaba contemplado en el Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas (27-09-1947) en el artículo 8°

^{Juris}. JTR. Vol. VI. Tomo I. p. 555; IIC2/2-8-57 dice: “respecto al artículo 6 del Código Civil, conviene precisar que todas las leyes son hechas con un interés social, pero también son sancionadas con interés de los particulares. Hay algunas que interesan más directamente a los particulares que a la colectividad, y otras, al contrario, interesan más a la sociedad”.

puede revocar el mandato siempre que quiera...”. Como el mandato constituye una representación, en la cual pueden estar en juego derechos de diversa naturaleza, el legislador defiende el principio de la autonomía de la voluntad y en este caso a través de una norma persigue esa finalidad, de manera que el representado o mandante tiene la potestad de revocar su mandato incluso sin consulta de la otra parte. Por supuesto, esto es independiente de las derivaciones contractuales que se hayan generado con anterioridad, tal como se expresó en el primer capítulo la revocación opera hacia el futuro y no tiene efecto retroactivo.

c) La cláusula de irrevocabilidad de donaciones entre cónyuges como lo dispone el artículo 1.451 del Código Civil. En tal norma se estipula que las donaciones entre cónyuges son siempre revocables por la sola voluntad del donante. El razonamiento de esta norma obedece a los mismos principios que fundan la prohibición de la renuncia anticipada de la revocación de la donación por causa de ingratitud que se estudió anteriormente.

d) La cláusula de otorgamiento de la totalidad de los beneficios para un solo socio o que lo exima de toda parte en las pérdidas, tal como lo dispone el artículo 1.664 del Código Civil.

6.6 INCUMPLIMIENTO DE FORMALIDADES LEGALES

a) Cumplimiento de las formalidades para la constitución de hipoteca.

Cuando se habla de los requisitos de constitución de la hipoteca tenemos que referirnos a aquellos que hacen que ésta tenga efecto legal, y los cuales están tipificados en el artículo 1.879 del Código Civil que establece “La hipoteca no tiene efecto si no se ha registrado con arreglo a lo dispuesto en el Título XXII de este Libro, ni puede subsistir sino sobre los bienes especialmente designados, y por una cantidad determinada de dinero”. De la norma citada se desprende que la hipoteca es un contrato solemne, por cuanto, requiere para su perfeccionamiento el cumplimiento de una determinada formalidad. La ausencia de dicha formalidad hace inexistente el contrato solemne de que se trate, por ello se denomina a tales formalidades “formalidades *ad substantiam*” o “formalidades *ad solemnitatem*”,⁷⁴ con lo que se quiere significar que el cumplimiento de las mismas es esencial para la existencia del contrato.

⁷⁴ Gásperi y Morelo. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo III. p. 589.

La norma citada hay que verla como globalidad, esto es, para que exista hipoteca debe a) ser registrada; b) especificado el bien o los bienes, y d) determinar la cantidad de dinero. Tienen que darse simultáneamente los tres, ellos se deben dar en el mismo acto constitutivo. La ausencia de cualquiera de ellos hace que no tenga efecto la hipoteca. Ello no obsta para que el documento otorgado pueda hacerse valer como contrato hipotecario. Estos son requisitos *ad substantiam* o *ad solemnitatem* que son necesarios para el perfeccionamiento del contrato, que no se deben confundir con los requisitos *ad probationem* que son necesarios para la demostración del acto,⁷⁵ y los requisitos de publicidad que son necesarios para la demostración del acto, frente a terceros. Las solemnidades propiamente dichas son aquellas que la ley exige “para el valor” de ciertos actos y contratos; tan es así que la misma ley las exige bajo pena de nulidad sino se cumplen. Con eso se ratifica que el análisis individual nos permite conceptualizar por separado algunos de los principios del derecho de hipoteca, pero cuando se refiere a la constitución debe verse como globalidad porque la ausencia de cualquiera de ellos hace inexistente la hipoteca.⁷⁶

De conformidad con el artículo 1.879 del Código Civil se establece el principio de la publicidad instrumental, la cual consiste en la protocolización del correspondiente documento constitutivo en la oficina respectiva (artículo 1.914 y 1.915 del Código Civil). Con esto precisamente se evita la existencia de hipotecas ocultas que pueden perjudicar a los acreedores de buena fe. Esta publicidad instrumental, consistente en la protocolización del documento constitutivo de la hipoteca, cobra importancia en cuanto a los acreedores, por cuanto ello produce efecto en la graduación de las hipotecas. Al respecto el Código Civil establece en los artículos 1.896 y 1.897 lo siguiente: “La hipoteca produce efecto y toma su puesto en las graduaciones desde el momento de su registro, aunque se trate de una obligación futura o simplemente eventual” y “Las hipotecas se graduarán según el orden en que se haya registrado, y se registrarán según el orden de su presentación”. Con esto efectivamente se está cumpliendo con uno de los elementos de la hipoteca como derecho real, el cual es la preferencia, pero es lógico señalar que ésta preferencia no puede establecerse, si no se conoce el orden de la graduación. Se entiende que la protocolización del documento constitutivo de hipoteca se hará ante la Oficina Subalterna de Registro Público de la jurisdicción en donde se halle el inmueble.

⁷⁵ Alessandri B., Arturo. *Ob. Cit.*, tomo I. p. 241. Dice el autor: “Por el contrario, cuando dichas formalidades no están prescritas bajo pena de nulidad, son necesarias para los fines de la prueba (*ad probationem*), de modo que sin ellas el acto es plenamente válido”.

⁷⁶ Rivera M., Rodrigo. *Manual de Derecho Hipotecario Venezolano*. Cap. 3. pp. 75-76.

El aparecimiento de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, transformó el régimen de las garantías reales al introducir dos tipos de garantía mobiliaria al comercio.⁷⁷ Ideadas para favorecer el crédito, fundamentalmente, razón por la cual su normativa se dirige a proteger el interés de los acreedores y a defender la unidad económico-productiva del objeto en que se constituye.

De la ley se desprende que los bienes susceptibles de ser sometidos a un régimen de publicidad registral, pueden ser gravados con hipoteca, y por tanto, se someten al régimen normativo del derecho real de hipoteca con sus típicos derechos de preferencia y persecución, de tal modo que el gravamen resulta oponible incluso frente a los terceros que puedan invocar el amparo del artículo 794 del Código Civil. Exige, dicha ley, la constitución registral en el artículo 4, al expresar que “deberán constituirse **indispensablemente** (negrillas nuestras) mediante instrumento público o instrumento autenticado o reconocido, **que deberá** ser inscrito en el Registro Público...”.

Algunos autores sostienen que si no hay cumplimiento de las formalidades constitutivas de la hipoteca, por mandato expreso de la misma ley, es inexistente. La norma citada es clara. No hay hipoteca si no se hace como ella ordena. En este caso no hay nulidad, sino inexistencia.

b) En la constitución de la prenda se exigen algunas formalidades para que sean oponibles a terceros y garantice el privilegio del acreedor. El contrato de Prenda es solemne en el sentido que para ser oponible a terceros debe constar en instrumento público o privado de fecha cierta. Los artículos 1.839 y 1.840 del Código Civil advierten acerca de la exigencia de fecha cierta para la vigencia del privilegio, excepto para aquellos casos con un valor menor de los dos mil bolívares. Por su parte en la prenda sin desplazamiento de posesión en la ley respectiva en el artículo 53 se establece el imperativo del instrumento y las especificaciones que debe contener. En la prenda mercantil se ordena en el artículo 535 del Código de Comercio que debe ser hecha por escrito. El Profesor Aguilar Gorrondona argumenta que no se trata de verdaderas solemnidades sino formalidades para que produzcan los efectos de preferencia.⁷⁸ Cualquier cláusula que pretenda violentar estos principios, estipulando lo contrario, es nula.

⁷⁷ Briceño, Rafael A. *De la Hipoteca de Establecimientos Mercantiles e industriales*. p. 11

⁷⁸ Rivera M., Rodrigo. *Los Juicios Ejecutivos*. Cap. VI. La Prenda.

c) Con relación a las capitulaciones matrimoniales se ha señalado que se deben cumplir con las formalidades ordenadas en los artículos 143, 144 y 145 del Código Civil. Es imprescindible la protocolización del documento de las capitulaciones matrimoniales (constitución, modificación y nota marginal) antes de la celebración del matrimonio y en la jurisdicción en donde se celebre. No cumplir esa formalidad es causa de nulidad.

d) Tienen causa de nulidad, conforme a lo establecido en el artículo 1.169 del Código Civil, los actos realizados por el mandatario, en los cuales la ley exija instrumento otorgado ante un Registrador Subalterno, y no se haya hecho de esta forma. La interpretación de esta norma ha traído controversias en el foro nacional, puesto que se ha pretendido extender la aplicación a cualquier negocio jurídico que implique protocolización del instrumento en el Registro Público. La norma establece que ese requisito es indispensable cuando la Ley exija expresamente “instrumento otorgado ante el Registro Subalterno”. La jurisprudencia nacional ha sostenido el criterio que el registro del poder sólo es necesario cuando la ley exija para la celebración del acto mismo, instrumento otorgado ante un Registrador Subalterno.^{Juris}

e) Está afectada de nulidad la donación que no haya sido otorgada y aceptada en forma auténtica, aún así no hará efectos contra terceros cuando tratándose de inmuebles no se registren ambos actos, tal como lo estipula el artículo 1.439 del Código Civil. En la norma citada en su segundo párrafo se contempla la excepción en los casos que el valor no exceda de los dos mil bolívares; también se exceptúa, conforme lo asienta el artículo 1.446 *ejusdem*, la aceptación de la donación en ocasión de matrimonio futuro determinado.

^{Juris}. Cfr. JTR 13-165. V. XIII. pp. 717 s. “En el primer caso, la norma del artículo 1.169 se dirige hacia los contratos solemnes, como la hipoteca, por ejemplo, cuyo requisito de forma *ad sustanciam* es consecuencia de la reglamentación que hace el artículo 1.879 en el contrato hipotecario; y en el segundo caso la norma general se dirige hacia los contratos simplemente consensuales, siendo reglamentada esta vez la exigencia de la forma de registro, *ad probationem* para surtir efectos *erga omnes*...”. En la sentencia transcrita el sentenciador incorporó argumentos de la doctrina nacional, así: “El Doctor Francisco López Herrera en su obra dice: “Es evidente entonces que cuando el legislador impone esas solemnidades especiales (que van desde el registro del documento contentivo del negocio, hasta el simple escrito privado), lo hace movido por muy serias razones que no pueden ser otras que la protección de los intereses de orden público. En efecto, los contratos solemnes en general, o presentar particular importancia y gravedad, o suelen ser peligrosos para las partes y para la colectividad toda y por eso se exige que consten en forma que no dé lugar a dudas. De acuerdo con esto, son en nuestra legislación civil contratos solemnes que requieren el cumplimiento de ciertas formalidades para su perfeccionamiento: las capitulaciones matrimoniales, el mandato en ciertos casos, la donación y la prenda, la generalidad de las veces, y la hipoteca”. Cfr. JTR 16-11-67. V.XV. p. 377 s. En tal sentencia se agrega algunos criterios doctrinales, como el trabajo del Doctor René de Sola. Cfr. CS1CDF 12-6-72. Ramírez y Garay. T. XXXIV. p. 67.

6.7 POR AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO

El consentimiento es un requisito exigido para la existencia del contrato, así se determina en el artículo 1.141 del Código Civil. El consentimiento de las partes (en los bilaterales) o de quien se obliga, en cualquier negocio jurídico es un elemento existencial. Si no hay consentimiento no hay formación del acto. La ausencia de consentimiento impide el perfeccionamiento del negocio jurídico. Si falta absolutamente el consentimiento, no puede haber el concierto de voluntades y por eso, no habiendo surgido el vínculo jurídico, no hay contrato.⁷⁹ De manera que no sólo es un elemento esencial, sino que es una condición **sine qua non** de todo contrato, sea éste real o solemne.⁸⁰ La exteriorización es requisito esencial para que un acto o contrato nazca a la vida jurídica. Sin consentimiento no hay acto o negocio jurídico.

La regla general es que haya la manifestación de voluntad de producir el acto o negocio jurídico personalmente por las partes, acudiendo directamente a la celebración y manifestando su voluntad en la forma establecida por la ley. Sin embargo, puede manifestarse dicha voluntad, excepcionalmente, por intermedio de un representante que actúa en su nombre, por supuesto, debidamente autorizado conforme a las normas que rijan la materia de representación.

Ese consentimiento tiene que ser válido para que el negocio jurídico o contrato produzca todos sus alcances.* En efecto, el artículo 1.142 *ejusdem* en su ordinal 2º dispone que “El contrato puede ser anulado... 2º Por vicios del consentimiento”. De la redacción de la norma y la doctrina se determina que en los casos de vicios del consentimiento el efecto por la presencia de ellos es la anulabilidad del contrato, es decir, son causa para intentar la nulidad relativa.⁸¹ Sin embargo, debe resaltarse que algunos autores con relación a la violencia consideran que ésta no vicia al consentimiento sino que lo destruye e impide.⁸² En las legislaciones modernas, específicamente en el Derecho Constitucional, se consagra el derecho a expresar libremente el consentimiento o la confesión.^{T art} No es válida, por ejemplo, la confesión arrancada con violencia.

⁷⁹ Ramírez, Florencio, *Ob. Cit.* Tomo II. p. 356.

⁸⁰ Maduro Luyando, Eloy. *Ob. Cit.* p. 443.

* Nota: Normas o principios aplicables también a la representación.

⁸¹ Colin y Capitant. *Ob. Cit.* Tomo 3º. p. 752. *Cfr:* De Ruggiero, R. *Ob. Cit.* Tomo II. P 243. *Cfr:* Mazeaud. *Derecho Civil. Parte II. Vol. I.* p. 333.

⁸² Maduro L., Eloy. *Ob. Cit.*, p. 486.

^{T art} En la Constitución Nacional, artículo 49, ord. 5º dice: “Ninguna persona podrá ser obligada a confesar-se culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión **solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza** (negrillas nuestras)”.

Del mismo modo se interpreta que un consentimiento extraído con violencia no es una manifestación de voluntad sino la destrucción de la misma.* En su oportunidad en la nulidad relativa se estudiaran estos aspectos.

Los casos de nulidad absoluta por consentimiento se dan cuando existe una ausencia de consentimiento. Esto es, cuando la causa o intención, tanto de hecho como de derecho nunca ha existido; cuando ha dejado de existir bien en el momento de perfeccionamiento del negocio o en el transcurso del contrato (situación doctrinalmente no muy clara);** y cuando se refiere a un hecho futuro que nunca se realiza.⁸³ Se comentó *ut supra* que de acuerdo con lo ordenado en el artículo 1.157 del Código Civil, la obligación sin causa no tiene ningún efecto.

En el primer caso es obvio. Si nunca ha existido la causa y alguna de las partes nunca ha tenido la intención de contratar,^{Juris} no podrá existir consentimiento sobre lo inexistente, lo que significa que no hay contrato; en caso de concurrir instrumento debe entenderse que es fraudulento.* También es el caso de los negocios realizados por los absolutamente incapaces, aquí hay una presunción que no hay posibilidad de consentimiento, puesto que no hay discernimiento, no hay el elemento psíquico que forma la manifestación de voluntad.

* Nota: En los movimientos de defensa de los derechos humanos existe una fuerte tendencia a que se erradique todo tipo de violencia contra el ser humano. También, se lucha por la efectividad de las libertades del hombre, entre ellas está la libre manifestación de su voluntad. Se afirma que cualquier acto de violencia ejercido sobre el hombre para obtener una manifestación de voluntad (por ejemplo: pago por secuestro, venta de activos, etc.) es contrario a la naturaleza humana, debe ser sancionado y enderezada la situación.

** Nota: Si bien es cierto que en el transcurso o desenvolvimiento de un contrato la causa puede desaparecer, a lo mejor se da la hipótesis contenida en el artículo 1.203 del Código Civil, pero también se pueden presentar otras situaciones como son las determinadas en los artículos 1.167 y 1.168 *ejusdem*, que dan pie a la acción resolutoria y a la conocida “excepción *non adimpleti contractus*” (excepción de contrato no cumplido). Estas últimas no pueden considerarse como acciones de nulidad, ya que éstas surgen en virtud de un vicio que afecta la eficacia; estas son formas de terminación del contrato pero por causa de incumplimiento.

⁸³ Miliani B., Alberto. *Ob. Cit.* p. 266.

^{Juris} Pierre Tapia, Oscar. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*. Vol. 11, 1977. pp. 108-111. Sentencia 30-11-1977. Caso Doctor Rafael G. Milanés contra Braulio Paredes Meléndez. *Cfr.* Vol. 12. 1977. pp. 106-109. Sentencia 15-12-1977. Caso Vicente Anastasio Reyes Vargas y otros contra Olga Jacome de Becerra. Esta última dice: “...Y es equivocado dicho criterio porque aunque la venta no es válida, como lo pretende la recurrente, por no aparecer en autos las formalidades habilitantes necesarias para que Torres actuara válidamente, no es tampoco inexistente por falta de consentimiento de los menores, como lo asienta la recurrida, sino simplemente anulable por no haber tenido Torres la capacidad necesaria para representarlos por falta de cumplimiento de esas formalidades habilitantes previstas a tal fin en el ord. 3º en el artículo 1.347 del Código Civil...”.

* Nota: En caso de controversia la parte que desconozca el instrumento podrá proponer la tacha instrumental.

En el segundo supuesto, tenemos que puede existir la intención de contratar, pero la causa desaparece junto con el objeto de la contratación, en cuya situación no hay consentimiento y es inexistente el contrato. Específicamente, en el encabezamiento del artículo 1.485 del Código Civil se contempla esta hipótesis, así: “Si en el momento de la venta la cosa vendida ha perecido en totalidad, la venta es inexistente”.^{**} También no produce ningún efecto, equiparándose como inexistente, cuando en los contratos sinalagmáticos aleatorios desaparece el álea, por ejemplo, la hipótesis contenida en el artículo 1.794 *ejusdem* referente a la renta vitalicia constituida por la vida de una persona muerta cuando se celebró el contrato.

Finalmente, cuando en la contratación la obligación se ha sometido a una condición, la cual debe ser sobre un hecho futuro incierto y éste no se ha realizado. Los artículos 1.197 y 1.198 del Código Civil nos definen estas posibilidades. La doctrina nos señala que en la concurrencia de una condición suspensiva la obligación no ha nacido, tan sólo existe una expectativa. Si el hecho futuro no se realiza es claro que no existe la obligación. La controversia se presenta con relación a la realización del hecho, sub-hipótesis establecidas en los artículos 1.206, 1.207 y 1.208, que son relativos, respectivamente: a que el hecho suceda en un tiempo determinado, que no suceda el hecho en un tiempo determinado y cuando el deudor comprometido bajo esa condición impide su cumplimiento.

6.4 POR PROHIBICIÓN DE LA LEY

El legislador por razones de interés público o social y en resguardo de la fe pública ha considerado pertinente establecer algunas prohibiciones para realizar actos o negocios jurídicos, bien en forma general, o tomando en cuenta la situación jurídica de las partes. Tenemos las siguientes prohibiciones por ley:

1) El artículo 1.650 del Código Civil prohíbe toda sociedad a título universal, sea de bienes presentes o futuros, o en forma mixta. Así mismo prohíbe toda sociedad de ganancias a título universal, exceptuándose a las comunidades conyugales.⁸⁴ Las sociedades que no se limitan a bienes o actividades especificadas no pueden constituirse conforme a la norma citada. La razón

^{**} Nota: Ver artículos 135, 136, 137, 138 y 139 del Código de Comercio. Cfr. con el artículo 1.344 C. Civil.

⁸⁴ Aguilar G., José L. *Ob. Cit.* p. 443. Este autor sostiene que no era necesaria colocar la excepción de la comunidad conyugal, puesto que ésta no tiene esencialmente fin de lucro, ni puede tener personalidad jurídica, ni se disuelve por las causas de disolución de la sociedad y está sujeta a un régimen de distribución de ganancias y pérdidas y de administración predeterminado por la ley.

es práctica, si no están especificados los bienes o actividades ¿sobre qué base se establecen las obligaciones de los miembros de la sociedad?; además, la imposibilidad de fundir el patrimonio individual en un patrimonio universal o con relación a la incompatibilidad de fusionar todas las actividades en un instrumento social.⁸⁵

2) En el artículo 1.573 del Código Civil está contenida la prohibición de la subenfiteusis. En forma taxativa la norma dice: “La subenfiteusis no se admite. Debe advertirse que el legislador prevenía las limitaciones de la enfiteusis, por cuanto en el artículo 1.567, expresaba: “La enfiteusis se regla por las convenciones de las partes, siempre que no sean contrarias a las disposiciones de los artículos 1.573...”.*

3) El artículo 898 del Código Civil sanciona con nulidad las disposiciones testamentarias en tres situaciones, a saber:

a) “Que instituya heredero o legatario a una persona incierta, hasta el punto de no podérsela determinar”. Este primer aparte de la norma *in commento* exige que haya una imposibilidad de no poder determinarse el heredero en virtud de la definición incierta de éste. Esto significa que no hay, al menos, una caracterización para que se pueda individualizar e identificar al heredero designado.

⁸⁵ López Herrera, Francisco. *La nulidad de los contratos en la Legislación Civil de Venezuela*. pp. 116-117. El autor expresa que “la verdadera fundamentación nos la da Laurent cuando afirma: “Las sociedades universales estaban fundadas sobre una comunidad de afectos más que sobre un fin de especulación; pero la especulación es de la esencia de la sociedad. Es propia de la naturaleza, ella se propone un fin especia. Se comprende difícilmente una sociedad que comprenda todos los intereses de los asociados; esto acarrearía una confusión de bienes y personas que no está en nuestra costumbre y que el legislador no debe favorecer de ningún modo; es preciso favorecer el desarrollo de la energía de los individuos, dejándoles a salvo el derecho de asociarse para aumentar sus fuerzas uniéndolas. Es decir, que las sociedades son particulares por su naturaleza”.

* Nota: En realidad esta forma jurídica no existe en nuestra realidad. Sin embargo, se disfrazan muchas situaciones como la medianería u otras formas de explotación. El maestro López Herrera (*Ob. Cit.* p. 117) con justa razón exponía (condiciones que aún hoy prevalecen en el medio rural venezolano) “La razón de ser de la prohibición la encontramos en la naturaleza misma del contrato de enfiteusis: la finalidad que éste persigue es evitar, por una parte, que grandes extensiones de tierra estén en completo abandono por parte de sus propietarios; y por la otra, que haya una gran masa de personas ansiosas de trabajar la tierra pero que no son propietarios. Por eso los propietarios ceden a éstos sus tierras, a fin de que las cultiven, las aprovechen y las mejoren, a cambio del pago de un canon sumamente bajo y reservándose los cedentes la propiedad del fundo... Pero desde el momento que el enfiteuta se convierte a su vez en concedente de una subenfiteusis, perseguiría fines especulativos...”.

b) “Que se haga a favor de una persona incierta, cuya designación se encomienda a un tercero”. En el fondo es la misma situación anterior, con la salvedad que la designación se encomienda a un tercero, cuestión que indudablemente presenta la misma incertidumbre de la designación de la persona favorecida. Este ordinal prevé la excepción, que en todo caso tiene la presencia de la determinación por el testador.⁸⁶

c) “Que deje al heredero o un tercero libre facultad de determinar el objeto de un legado”. El fundamento según el Doctor Agustín Rojas de esta disposición se encuentra en que se pueden cometer abusos por parte del heredero, que haga irrisoria la voluntad del testador. El ordinal que se comenta exceptúa cuando el legado trata sobre aspectos remunerativos en virtud de servicios o trabajos, ya que en dichos casos la encomienda versa sobre criterios para estimar estos servicios.

4) Limitaciones específicas a la libertad de contratar. La ley prevé que algunas personas, instituciones, o en determinadas situaciones jurídicas no pueden celebrar determinados o todo tipo de contratos. Esto en razón de preservar el orden público y la armonía social. Estas prohibiciones expresas en caso de violación son causa de nulidad absoluta. Éstas son:

a) Para adquirir inmuebles:

Nos encontramos dos situaciones, a saber: La primera, contemplada en el segundo aparte del artículo 1.144 del Código Civil, que establece la incapacidad de los Institutos de “manos muertas” para adquirir bienes inmuebles, así: “No tienen capacidad para adquirir bienes inmuebles los Institutos de manos muertas, o sea, lo que por las leyes o reglamentos de su constitución no pueden enajenarlos”. Esta previsión del legislador obedece básicamente a la necesidad social o colectiva de incrementar la riqueza, para lo cual se requiere la libre circulación de los bienes.^{Juris} La segunda, se relaciona con la Soberanía Nacional, específicamente el resguardo de las fronteras,* por ello

⁸⁶ Rojas, Agustín. *Derecho Hereditario Venezolano*. Tomo I. p. 262.

^{Juris} JdC “Ha de entenderse por “institutos de manos muertas” aquellos que, por las leyes o reglamentos de su constitución, no pueden enajenar sus bienes inmuebles; razón por la cual el artículo 1.181 del Código Civil (artículo 1.144 del C.C Vgte.) los incapacita para adquirirlos, porque éstos se estancan en las manos de sus rectores, y el orden público está interesado, desde el punto de vista económico, en la circulación de la riqueza”. Sent. 28-1-35, M 1936, pág. 253. Tomado de Lazo, Oscar. *Ob. Cit.* pp. 581-582.

* Nota: En el sentido amplio, en la cual se incluyen las costas y riberas de los ríos.

se impide que en la línea considerada de defensa fronteriza las personas naturales extranjeras o jurídicas puedan adquirir inmuebles. Esta prohibición se contempla en la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social** y en la Ley de Fronteras.

b) Para adquirir por donación:

En el Código Civil en el artículo 1.436 estipula que no pueden adquirir por donación los incapaces de recibir por testamento;⁸⁷ más adelante, en el artículo 1.437 se sanciona la donación hecha a favor de una persona incapaz para recibirla, con la nulidad. Como quiera que el artículo primeramente citado refiere el modo de la incapacidad a las sucesiones testamentarias, se deben estudiar las normas relativas. En efecto, el artículo 840 dispone que son incapaces para recibir por testamento los que son incapaces para suceder *ab intestato*, cuestión que está definida en el artículo 809 que establece que son incapaces para suceder los que en el momento de la apertura de la sucesión no estén todavía concebidos. No obstante, el artículo 840 que es la norma rectora en la prohibición, establece la excepción así: “Sin embargo, pueden recibir por testamento los descendientes inmediatos, es decir, los hijos de una persona determinada que viva en el momento de la muerte del testador, aunque no estén concebidos”.⁸⁸

Tampoco pueden adquirir por donación las iglesias de cualquier credo y los “institutos de manos muertas”, conforme lo dispone el artículo 841 del Código Civil. Los argumentos son de diverso matiz, con relación a las iglesias, por el poder moral que ejercen sobre sus miembros lo que puede conllevar a concentrar los patrimonios en manos de éstas y a privar a los herederos de legítima; respecto a los institutos de manos muertas las razones descansan en la necesidad que la riqueza fluya y se dé la libre circulación de bienes.

c) Para celebrar contrato de compraventa:

El artículo 1.481 del Código Civil dispone que entre marido y mujer no puede haber compraventa de bienes. El fundamento de esta prohibición se encuentra

** Nota: Cfr: Artículo 17 de la Ley de Expropiación por causa de Utilidad Pública o Social.

⁸⁷ Perera Planas, Nerio. *Ob. Cit.* p. 907. Citando al maestro Luis Sanojo transcribe: “La capacidad es la regla, la incapacidad la excepción; y así todas las personas son capaces de disponer y recibir por donación, menos lo que hayan sido declaradas expresamente incapaces por la Ley. Por ello, el Código trae únicamente las causas de incapacidad”. (Comentario nuestro) Precisamente, en el artículo 839 del C.C. establece la regla general al definir que pueden recibir por testamento todos los que no estén declarados incapaces por la ley.

⁸⁸ Cfr: Rojas, Agustín. *Ob. Cit.*, tomo I. p. 199.

en la previsibilidad de conflictos entre los propios cónyuges, con los eventuales herederos y con respecto al orden económico y social. Entre cónyuges se pueden generar abusos y fraudes, dado la influencia entre sí, bien en su propio detrimento o contra terceros.⁸⁹ Allí se pueden gestar fraudes a terceros mediante venta simuladas entre los cónyuges o simulación de otros contratos en situaciones desventajosas para algunos de ellos, el fisco o terceros.⁹⁰ No obstante, creemos que este es un problema de orden privado, no hay argumento científico que le dé soporte a que se trata de una cuestión de orden público, en este sentido compartimos la opinión del maestro López Herrera.⁹¹ Se trata de proteger intereses individuales y no de la sociedad. Finalmente, es conveniente preguntar ¿La prohibición abarca todas las ventas? La doctrina y entre ellos el autor citado sostienen que sólo se refiere a las voluntarias, mas no a las forzosas, porque en estos casos no estarían presentes las razones que motivaron al legislador para contemplar la prohibición.

d) En casos de interdicción por condena penal a presidio la cual la conlleva como pena accesoria.^{T art} Por definición en la doctrina la interdicción es la privación de la capacidad negocial, decretada judicialmente, en los casos previstos por la ley, bien por defecto intelectual grave o de condena penal.⁹² Esta es una interdicción de tipo legal, porque así lo dispone la ley, obviamente, que es parte de un acto jurisdiccional porque debe existir una condena penal de presidio.⁹³ El fundamento de este tipo de prohibición está en razón de garantizar los derechos de la persona, ya que en presidio no tiene la libertad para defender sus derechos ni tomar las mejores decisiones, el condenado se encuentra disminuido de hecho en su capacidad negocial, en virtud de su privación de la libertad física, por ello en el Código Civil en el artículo 408 se prevé que el entredicho por condena penal quede sometido a la tutela.

⁸⁹ Aguilar G., José L. *Ob. Cit.*, p. 187.

⁹⁰ López Herrera, Francisco. *Ob. Cit.*, p. 123. El autor cita tres razones que fundamentan la prohibición, a saber: “a) Evitar la posibilidad de abusos de influencia de uno de los cónyuges sobre el otro, con el perjuicio que pudiera resultar para el cónyuge influido; b) La necesidad de evitar que los esposos por ventas reales o ficticias del uno al otro, burlen derechos de sus acreedores; c) Por el interés que tiene la Ley en evitar que bajo la apariencia de ventas, no se hagan donaciones irrevocables los cónyuges entre sí, o sobrepasen la cuota disponible, perjudicando los derechos de los otros legitimarios...”.

⁹¹ *Ibidem*. p. 124.

^{T art} Artículo 13 del Código penal: Son penas accesorias de la de presidio: 1ª La interdicción civil durante el tiempo de la pena. ...”

⁹² *Cfr.* Couture, Eduardo. *Vocabulario Jurídico*. p. 343. Aguilar G., José L. *Derecho Civil Personas*. p. 372.

⁹³ López H., Francisco. *Ob. Cit.* p. 129. Expresaba “sólo comienza al hacerse ésta definitivamente firme (agotados todos los recursos) y cesa por el cumplimiento de la pena y por la amnistía o indulto del condenado; pero en ningún caso tiene la cesación de la interdicción efectos retroactivos”.

7. EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN O SOLICITUD DE NULIDAD: DEMANDA Y CALIFICACIÓN

Para que el acto jurídico o el negocio jurídico no produzcan efectos se debe intentar la solicitud de nulidad. Por cierto sobre esto algunos juristas se preguntaron ¿existe una acción autónoma de nulidad absoluta? Diversos argumentos se expusieron para negar la existencia de la acción de nulidad; sin embargo, en virtud de la práctica se aceptó y se habló de una acción especial de nulidad.⁹⁴ Hemos expresado que utilizamos el término “acción” porque así lo emplea el Código Civil, dentro de la vieja concepción del concepto “acción”. Esa concepción asimilaba el concepto “acción” como equivalente al derecho material y a la pretensión. Debe entenderse la acción procesal como la posibilidad jurídica que tiene toda persona de acudir ante los órganos jurisdiccionales para obtener tutela de su interés,⁹⁵ de manera que no es adecuado hablar de una acción de nulidad. Vemos que es más apropiado hablar de pretensión de nulidad, siendo ésta la que emana directa o indirectamente del acto o contrato que se trata de anular,⁹⁶ pues, hay una necesidad o interés en su anulación. Esto significa que cuando se ejercita el derecho de acción, la demanda que se explane debe pretender la nulidad del acto u obligación, lo primero que debe pedirse es la declaración de aquella nulidad. La acción de nulidad, tal como se concibe en el Código Civil, si bien es cierto que surge en ocasión de la realización de un acto o negocio jurídico, su finalidad es preservar el orden público. Los tratadistas Henri y Jean Mazeaud⁹⁷ decían que un sistema que se fundara únicamente sobre la autonomía de la voluntad y donde el orden público no tuviera que intervenir en el ámbito contractual, se entendería que no existiesen nulidades generales sino de protección a los contratantes, es decir, sólo la nulidad relativa. Por eso, se observa que en las legislaciones coexisten las nulidades absoluta y relativa, dado que en ellas se estipula que los actos y negocios jurídicos son válidos si cumplen con las estipulaciones de ley y están acordes con las normas morales y las buenas costumbres, además, contemplan, por supuesto, las nulidades relativas a la protección de los contratantes: la nulidad relativa.

Nuestro comentarista patrio Luis Sanojo⁹⁸ expresaba que la acción de nulidad es el medio jurídico por el cual se demanda que se anule una obligación

⁹⁴ *Ibidem.* p. 102.

⁹⁵ Ortiz-Ortiz, Rafael. *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos.* p. 76.

⁹⁶ Colin y Capitant. *Ob. Cit.*, tomo 3º. p. 766.

⁹⁷ Mazeaud, H. y Jean Mazeaud. *Ob. Cit.* Parte II. Vol. I. p. 335.

⁹⁸ Sanojo, Luis. *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*, tomo III. p. 173.

que no tiene todas las condiciones requeridas por la ley para su validez. De este comentario podemos extraer que la acción se ejercita, bien como demanda o bien como excepción, ante un órgano judicial, el cual hará una declaración. La nulidad, sea absoluta o relativa, debe ser declarada por el órgano jurisdiccional.⁹⁹ Sin embargo, la doctrina señala que puede existir el acuerdo de los interesados y reconocer la nulidad del acto. Esto es válido en los contratos, en donde existe bilateralidad y los derechos y deberes son correlativos, pero existen actos jurídicos, como el matrimonio, en los cuales el interés es de orden público y no pueden ser declarados nulos por acuerdo de las partes, se requiere la decisión del Juez.

La doctrina y la legislación admiten que la nulidad absoluta puede ser declarada de oficio por el Juez. En algunas legislaciones suramericanas se contempla expresamente esta situación.¹⁰⁰ En nuestra legislación nacional no tenemos una norma que establezca la facultad al Juez para declarar de oficio la nulidad absoluta, e incluso como un deber, tal como se prevé en Argentina, Chile,¹⁰⁰ Colombia y otros; pero tampoco existe norma que lo prohíba.¹⁰¹ Por extensión analógica, con relación a los fundamentos de la nulidad absoluta y las diversas hipótesis de nulidad absoluta contempladas en nuestra legislación, el Juez puede aplicar la declaración de oficio de la nulidad absoluta con base al artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, que dice. “En materia civil el Juez no puede iniciar el proceso sin previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la Ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no lo soliciten las partes”.¹⁰² No hay duda que la

⁹⁹ Mazeaud H. y Jean Mazeaud. *Ob. Cit.* Parte II. Vol. I. p. 337.

¹⁰⁰ En Argentina, Colombia, Chile y Ecuador sus respectivos Códigos Civiles contemplan la hipótesis de la declaración de nulidad de oficio por parte del Juez. Así: Argentina, artículo 1.047 C.C.: “La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparece manifiesta en el acto...”. En Colombia, artículo 1.742 (subrogado. Ley 50 de 1.936, artículo 2º) “la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato...”.

¹⁰⁰ Alessandri B., Arturo. *Ob. Cit.* tomo I. p. 505. El autor cita una Jurisprudencia de la Corte Suprema de Chile acerca de la nulidad absoluta que dice “la nulidad absoluta es de orden público y mira el interés general de la sociedad y no a la calidad o estado de las personas, motivos que inducen hasta imponer al juez el deber excepcional de declararla, aun sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato, y se permite alegarla al Ministerio Público y a todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que la invalidaba”.

¹⁰¹ López Herrera, Francisco. *Ob. Cit.* p. 111.

¹⁰² Calvo Baca, Emilio. *Código de Procedimiento Civil de Venezuela*. p. 30. Dice el autor: “Entre las excepciones que pone el principio dispositivo, menciona la consistente en que el Juez debe obrar de oficio cuando se trate de un litigio que interese al orden público y del cual tenga conocimiento”.

previsión de la nulidad absoluta se fundamenta en la necesidad de proteger un interés público, por tanto el Juez, en situaciones de evidente causalidad de nulidad absoluta, debe evadirse del formalismo y aun sin petición de parte, declararla de oficio. En las legislaciones que señalamos de Chile y Argentina, la nulidad absoluta puede declararla el Juez sin petición de parte, en cualquiera de las instancias, sin que esto importe ultra o extrapetita, aun cuando ella no se haya hecho valer en juicio.¹⁰³

Debe mirarse que entre las causas que motivan la nulidad absoluta se encuentran los contratos que tienen objeto ilícito y causa ilícita, o aquellos que afectan de alguna manera el orden público o las buenas costumbres, lo que hace vislumbrar que la presencia de ella se fundamenta en la protección de los intereses globales de la sociedad, por ello nada impide, por el contrario es exigido por el interés público, que el Juez de oficio declare la nulidad, dado que el bien público violado reclama que debe ser reestablecido, incluso en contra de la voluntad de las partes.¹⁰⁴ Debe recordarse que el artículo 1.352 del Código Civil determina que los vicios de un acto absolutamente nulo por falta de formalidades no se pueden desaparecer por ningún acto confirmatorio, esto es que los actos y negocios jurídicos afectados de nulidad absoluta no pueden ser confirmados.

Respecto al ejercicio de la solicitud de nulidad se han presentado diversas opciones, a saber: a) quienes consideran que se propongan dos juicios, uno para obtener la declaración de nulidad y otro para obtener la restitución; b) ejercer la acción de nulidad y de restitución en el mismo juicio y c) que se ejerza la acción de nulidad y la restitución es una consecuencia de la declaración de nulidad. Pensamos que la última alternativa es la válida en razón de los principios de la concentración, de la economía y celeridad procesal.

Por lo general, la solicitud y declaración de nulidad se hará en juicio ordinario, que es el procedimiento aplicable cuando se discute la validez de un acto o contrato. En esa razón la nulidad absoluta se propondrá como demanda o incluso como reconvención, conforme lo establece el artículo 338 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio que pueda ser declarada de oficio. La de-

¹⁰³ Alessandri B., Arturo. *Ob. Cit.*, tomo I. p. 512. Expresa el autor que tan así es que no hay extra o ultrapetita en la declaratoria de oficio que haga el juez de la nulidad absoluta, que en el artículo 768 del Código de Procedimiento Chileno referente al Recurso de Casación, dispone que una de las causas es que haya ultrapetita, pero que hace la salvedad cuando dice: "sin perjuicio de las facultades que éste tenga para fallar de oficio en los casos determinados por la Ley".

¹⁰⁴ Giorgi, Jorge. *Ob. Cit.*, pp. 228-230.

manda que se proponga tiene que satisfacer los requisitos establecidos en el artículo 340 *ejusdem*. Vale preguntarse ¿Qué ocurre si los hechos son tan evidentemente contrarios a la ley y el demandante ha incurrido en defectos en la demanda? El Juez debe declararla de oficio en la aplicación de la razón de la ley, ya que por un mero formulismo no pueden convalidarse hechos contrarios a la ley, al orden público y a las buenas costumbres.* Es obvio, que el Juez debe comprobar la existencia del vicio que causa la nulidad absoluta, para ello debe exigir el instrumento en donde consta el acto o contrato.**

La nulidad absoluta, también, puede ser alegada por el demandado como excepción, en ese sentido se dice que aparece ya no como una acción sino como una facultad o poder jurídico.¹⁰⁵ En uno y otro caso, la nulidad absoluta, es el poder jurídico que posee el interesado, bien para intentarla como acción principal u oponerla como excepción.

En la doctrina y en la jurisprudencia se está conteste que ella puede ser alegada por las partes en cualquier estado y grado de la causa. En jurisprudencia reiterada el más alto tribunal de la República ha dicho que las cuestiones de orden público pueden alegarse por primera vez en Casación, por ello nada impide que pueda ser alegada en cualquier momento antes de llegar a esa instancia. Estando interesado, decía el maestro López Herrera,¹⁰⁶ el orden público en la declaración de nulidad absoluta, ésta puede ser alegada u opuesta por primera vez en cualquier estado o grado de la causa y aun en Casación

Finalmente, es preciso indicar que la nulidad debe ser probada. Ella no se presume, porque todo acto jurídico o contrato celebrado, mas si está otorgado por instrumento público, lleva en sí una presunción de validez. Es menester probar que un acto o contrato contienen un vicio que la ley califica como causal de nulidad. Por eso quien alega la nulidad, bien sea por vía de demanda o por vía de

* Nota: En la jurisprudencia extranjera acerca de la declaración oficiosa de nulidad se ha insistido que el vicio debe hallarse presente, constar, aparecer, estar patente, saltar a la vista, en el instrumento mismo que da constancia del acto o contrato anulable y no que ese vicio resulte de la relación que exista o pueda existir entre ese instrumento y otros elementos probatorios. *Cfr*: Alessandri B., Arturo. *Ob.*, *Cit.* tomo I. p. 521. *Cfr*: Código Civil de Colombia artículo 1.742, Ley 50 de 1936, artículo 2° *Cfr*: Código Civil de Argentina, artículo 1.047. (Artículos parcialmente transcritos en pie de página ut supra).

** Nota: En la doctrina y jurisprudencia, según Canosa Torrado, se ha establecido que para que el Juez pueda declarar de oficio la nulidad absoluta de un acto o contrato deben concurrir tres requisitos esenciales: a) Debe existir un juicio que obligue al juez a dictar sentencia; b) En el juicio debe hacerse valer el acto o contrato que esté viciado de nulidad absoluta; c) El vicio o defecto que origina la nulidad absoluta debe aparecer de manifiesto en el acto o contrato. *Cfr*: Canosa Torrado, Fernando. *Ob. Cit.* p. 41.

¹⁰⁵ Maduro L., Eloy. *Ob. Cit.* p. 596.

¹⁰⁶ López H., Francisco. *Ob. Cit.* p. 113.

excepción, debe probarla. Decía el Profesor Alessandri¹⁰⁷ “el que pretende demostrar la ineficacia de un acto o contrato que otorga derechos a las partes y crea, por lo mismo, situaciones jurídicas permanentes, debe probarlo”. Para demostrar la existencia de los vicios causales de la nulidad, pueden hacerse uso de todos los medios de prueba permitidos por la Ley.

No es necesario calificar la nulidad si es absoluta o relativa, bien en la demanda o en la excepción, basta con expresar los hechos o vicios que están sancionados por la ley como causas de nulidad de un acto o contrato. Siguiendo lo estipulado en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, no se exige la calificación, lo que debe indicarse es el objeto de la pretensión, la relación de los hechos y los instrumentos en que se fundamenta la pretensión. El problema, a nuestro entender se presenta cuando existe una errada calificación de la nulidad y una confusión en las causales alegadas. Si los vicios son tan manifiestos y concretos, el Juez puede declarar la nulidad de oficio;* pero sino aparecen “de manifiesto” los vicios y deben probarse, el Juez no puede suplir a la parte porque violentaría el principio de la igualdad de las partes, no obstante, si el Juez tiene el convencimiento de vicios que afectan el interés público puede promover aquellos actos para un mejor conocimiento de la causa. Son aquellos actos que ayudan al raciocinio y a la verdad.

8. LEGITIMACIÓN PARA EJERCER LA SOLICITUD DE NULIDAD U Oponer LA EXCEPCIÓN

Los autores¹⁰⁸ convienen que la solicitud de nulidad absoluta puede ser alegada por cualquier interesado. Esto significa que puede ser intentada por cualquiera de las partes, que intervinieron en un acto o negocio jurídico determinado, como por un tercero interesado.¹⁰⁹ En la jurisprudencia france-

¹⁰⁷ Alessandri B., Arturo. *Ob. Cit.* tomo I. p. 650.

* *Nota:* En la Jurisprudencia Latinoamericana se ha dicho que para la procedencia de la declaración de oficio de la nulidad absoluta presupone que el vicio se exteriorice en el contrato, sin buscar auxilio probatorio fuera de él. Así en Colombia. “En sentencia del 26 de agosto de 1938, dijo que “la nulidad manifiesta de que se trata el artículo 15 de la Ley 95 de 1890 y hoy artículo 50 de 1936, debe ser tan clara que no sea susceptible de interpretación ni disensiones sino que parezca tan de bulto que como verdad inconcusa se presente ante la mente del juzgador” (G.J., t. XLVII, p. 66.) En Chile, la Corte Suprema ha dicho “no habiendo sido definido por el legislador el vocablo “*manifiesto*”, ni correspondiendo a un concepto técnico de alguna ciencia o arte, es menester entenderlo en su sentido natural y obvio, el que, conforme al *diccionario* de la lengua, tiene el significado de “descubierto”, “patente”, “claro”, “escrito en que se justifica y manifiesta una cosa”. Canosa T., Fernando. *Ob. Cit.* p. 55.

¹⁰⁸ Mazeaud H. y Jean Mazeaud. *Ob. Cit.* Parte II. Vol. I. p. 336.

¹⁰⁹ Miliani B., Alberto. *Ob. Cit.* p. 269.

sa se ha dicho que aun cuando los contratos sólo produzcan efectos entre las partes, es incontrovertible que quien, no obstante sin haber intervenido en un acto o contrato, estime lesionado su derecho, tiene acción expedita para solicitar la nulidad de aquellos en cuanto le afecte.¹¹⁰

El uso del concepto “tercero interesado” se ha prestado a discusiones. Ha surgido la pregunta ¿Quién es tercero interesado? Se ha respondido manifestando que es aquel que tiene un interés legítimo y actual. La respuesta se da con otros conceptos, específicamente con otro como “interés legítimo”, que ha resultado, también, muy controvertido. Cuando se pregunta ¿Quién puede intentar la acción de nulidad? Se está pisando terreno de materia procesal y quizá la pregunta correcta sería ¿Quién tiene la legitimación procesal para intentar la acción de nulidad?¹¹¹ En este sentido mirando la concepción de Calamandrei¹¹² será adecuado tomar el concepto “interés legítimo” como equivalente a la legitimación para obrar o procesal, de manera que se definirá como “la idoneidad de la persona para actuar en el juicio, inferidas no de sus cualidades personales sino de su posición respecto del litigio”. Conlleva un interés en la nulidad, debido a su posición respecto a un acto o situación jurídica, esto es, tiene un interés en el impulso procesal para que se declare la nulidad del acto o negocio jurídico. Es lógico que ese interés debe ser actual, es decir, tener una existencia real, por lo tanto no puede basarse en un “supuesto” interés futuro. La posición respecto al acto o negocio jurídico debe tener una vigencia, debe ser contemporáneo.

Además existen otros requisitos que permiten determinar esa legitimación para obrar en la solicitud de la declaración de nulidad. Esto en función de preservar la seguridad jurídica y evitar fraudes a través de situaciones simuladas. Así tenemos:

a) Que el interés alegado por el tercero esté fundado en una relación jurídica anterior a la celebración del contrato que sea objeto de la acción de nulidad. Considerar lo contrario es dar pie a instrumentos simulados para impedir el cumplimiento de obligaciones contraídas. Además, la actualidad del interés tiene que ser coetáneo con la titularidad de la nulidad, esto es, al nacer un acto o negocio jurídico afectado de nulidad surge también la titularidad de la

¹¹⁰ Colin y Capitant. *Ob. Cit.* tomo 3º, p. 767.

¹¹¹ Couture, Eduardo. *Ob. Cit.* p. 379. Define este autor la legitimación procesal como “la condición jurídica en que se halla una persona con relación al derecho que invoca en juicio, ya sea en razón de su titularidad o de otras circunstancias que justifican su pretensión”.

¹¹² Pallares, Eduardo. *Ob. Cit.* p. 531. Este autor cita al tratadista Piero Calamandrei y expone sus conceptos.

acción de nulidad de manera que el interés del tercero esté basado en una situación previa a ese acto o negocio jurídico, porque el nacimiento de éste con vicios afecta el interés del tercero.

b) Que la nulidad absoluta no se funde en la causa ilícita del contrato. Este requisito se define con base a la consideración de la causa del contrato como la intención o finalidad perseguida al contratar, que es lo determinante del consentimiento. Un tercero no puede tener interés legítimo en la “motivación o intencionalidad” de las partes a algún contrato, puesto que esto entra en la esfera íntima del ser humano. No obstante debe mirarse que los contratos deben tener una finalidad determinada por la sociedad, lo que se ha denominado la función económica social del contrato, que algunas autores la definen como la causa objetiva de los contratos.¹¹³

Sin embargo, con referencia al tercero, éste no podrá tener interés legítimo y actual en los casos que la nulidad se funde en la causa ilícita del contrato,¹¹⁴ puesto que éste no tiene una relación con la intencionalidad de las partes.

c) Que la solicitud de nulidad no hubiese sido intentada. Sea porque esté cursando o ya haya habido un pronunciamiento. Es obvio, puesto que la acción de nulidad es única, no hay una multitud de acciones sobre lo que se constituye como causa de la nulidad. Así por ejemplo, la nulidad del matrimonio entre hermanos, de acuerdo al artículo 117 del Código Civil, puede ser intentada por los mismos cónyuges, por sus ascendientes, por el Síndico Procurador Municipal y por todos los que tengan interés actual.¹⁵ Todos ellos son legitimados para intentar la solicitud, pero basta que la intente uno de ellos y no podrá intentarse por otros; los otros podrán hacerse adherir en el juicio por tener interés legítimo definido por la ley; en todo caso se trata de una sola solicitud. Intentada por cualquiera de ellos, ya se ha puesto en movimiento esa solicitud y excluye a los otros para intentarla por separado; en caso que ya haya habido pronunciamiento debe excepcionarse por cosa juzgada si la solicitud es idéntica.

¹¹³ Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central. Artículos 1.146 a 1.158. p. 356. “La teoría objetiva de la causa, que concibe a ésta como algo totalmente distinto de los motivos y ve en ella un elemento constante e inmutable, cualquiera que sea la intención personal de cada una de las partes”.

¹¹⁴ Maduro L., Eloy. *Ob. Cit.* p. 595.

¹⁵ En la legislación colombiana se establece que la nulidad absoluta “puede ser alegada por el agente del ministerio público o por un tercero que demuestre un interés patrimonial serio y legítimo”. *Cfr.* Canosa T., Fernando. *Ob. Cit.* p. 42.

En resumen, la solicitud puede ser intentada por cualquier interesado, aun cuando no haya intervenido en el acto o contrato que pueda justificar un interés jurídico, es decir, un interés que guarde una relación íntima con la causa de la nulidad, por ejemplo, los herederos, los legatarios respecto de la partición de la herencia, los acreedores por los actos ejecutados por el deudor, el albacea, el que ha sido despojado de una cosa, en la sociedad: pueden ser los socios entre sí, los socios y acreedores sociales, etc. Puede intentarla el Ministerio Público como representante de la sociedad y defensor de la ley, la moral y las buenas costumbres; aquellos designados expresamente por la Ley como los representantes legales, tutores, curadores, causahabientes y síndico procurador municipal y los de causa mercantil.

No obstante, la regla general que la solicitud de nulidad puede ser intentada por toda persona interesada, es necesario advertir que algunas personas, a pesar de tener el interés exigido por la ley, no pueden alegar la nulidad absoluta de un acto o contrato. En la doctrina se conoce como una excepción al principio general. En la mayoría de legislaciones latinoamericanas se consagra esta excepción.¹¹⁵ Los autores coinciden en señalar que deben concurrir dos requisitos para que tenga lugar esta excepción,¹¹⁵ a saber: a) que se trate de una persona que haya intervenido voluntaria y conscientemente como parte en el acto o contrato; b) Que tal persona haya intervenido a sabiendas o debiendo conocer el vicio que lo invalidaba. El alcance de la expresión “a sabiendas o debiendo conocer” no debe resultar de una simple presunción, sino que debe ser probado real y efectivamente. En nuestro Código Civil en el artículo 1.348 se plasma esta excepción con relación al menor que por medios dolosos ha ocultado su minoridad. En efecto, establece: “La obligación no puede atacarse por el menor que, por maquinaciones o medios dolosos, ha ocultado su minoridad. La simple declaración de ser mayor hecha por menor no basta para probar que ha obrado con dolo”. Puede observarse que el legislador exige la prueba auténtica y inmune, es decir, tienen que realizarse con pruebas idóneas, por ello no toma la presunción como medio probatorio.

9. PRESCRIPCIÓN

Entre las características que se expusieron *ut supra* acerca de la nulidad absoluta figura la imprescriptibilidad. En efecto, la facultad de ejercer la nulidad absoluta, sea por vía de solicitud o de excepción, no prescribe nunca. Esta

¹¹⁵ En el Código Civil chileno artículo 1.683 se establece: “No puede alegar la nulidad en su favor el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba”.

¹¹⁵ Alessandri B., Arturo. *Ob. Cit.* tomo I. p. 568.

concepción ha sido fuertemente debatida, ya que existen juristas que rechazan la idea de imprescriptibilidad de la nulidad absoluta. Aquí en Venezuela se ha alegado que conforme al artículo 1.977 del Código Civil las acciones personales prescriben a los 10 años. Compartiendo el criterio del maestro López Herrera¹¹⁶ debido al principio de seguridad jurídica y a las necesidades de paz social que exigen que **todas** las acciones prescriban dentro de cierto tiempo a menos que la Ley disponga expresamente lo contrario. Debe reconocerse que el legislador no ha hecho la distinción, de suerte que ese criterio de la imprescriptibilidad debe revisarse.¹¹⁷

Se ha argumentado que el fundamento racional de la prescripción extintiva es análogo al de la prescripción adquisitiva. El orden público y la paz social están interesados en la consolidación de las situaciones adquiridas. Cuando el titular de un derecho ha estado demasiado tiempo sin ejercitarlo, debe presumir que su derecho se ha extinguido.

Se dice, también, que como la nulidad absoluta se ha establecido en interés de la moral y de la ley, es obvio que en los casos de objeto y causa ilícitos no podrá ser eficaz la prescripción, pues como dice Joseerand, “*un escándalo no cesa por el hecho de prolongarse*”.¹¹⁸

Se comparte parcialmente las opiniones de los tratadistas patrios Maduro Luyando y Miliani Balza¹¹⁹ que en los casos de nulidad absoluta el transcurso del tiempo no borra o subsana los vicios que fundan tal nulidad. Sería importante distinguir por vía de la ley aquellos que son de tal gravedad que deben ser imprescriptibles por haber un interés público indiscutible y que no puede corregirse por el transcurso del tiempo, lo cual sería la excepción, mientras que otros que no afectan tan gravemente al interés público puedan prescribir conforme las reglas de prescripción establecidas.¹²⁰ Debe distinguirse la solicitud propia de la nulidad y las acciones que son derivadas de la declaratoria de nulidad, es decir, con las acciones restitutorias.^{LC}

¹¹⁶ López H., Francisco. *Ob. Cit.* p. 106.

¹¹⁷ *Ibidem.* p. 107. Cita jurisprudencia extranjera (francesa) que se ha pronunciado por la prescriptibilidad.

¹¹⁸ Canosa Torrado, Fernando. *Ob. Cit.* p. 312.

¹¹⁹ *Cfr. Ibidem.* p. 596. Miliani Balza, A. *Ob. Cit.* 263.

¹²⁰ Colin y Capitant. *Ob. Cit.* tomo 3º. p. 758. Dice los autores: “Sea de ello lo que quiera, lo cierto es que se desprende del fundamento atribuido a la regla del artículo 1.304, que es necesario excluir de su dominio una nueva categoría de acciones de nulidad, a saber, las que no pueden ser destruidas por una confirmación ulterior, en otros términos, las *nulidades absolutas*. Así, un acto nulo por falta de objeto lícito, como un pacto sobre una herencia futura o un pacto usurario, o en el que no se han observado las condiciones de forma exigidas *quo ad substantiam*, como una donación no autorizada por un notario pueden ser impugnadas, no solamente durante diez años, sino durante treinta años”.

^{LC} En Colombia se ha establecido en los que la nulidad absoluta prescribe en 20 años, es de las denominadas extraordinarias; la relativa en cuatro años. *Cfr.* Código Civil: artículos 1.742 y 1.750).

Esa misma distinción entre solicitud de nulidad y las acciones restitutorias fortalecen la idea que la ley debe determinar, a manera de excepción, aquellas nulidades absolutas que sean imprescriptibles porque de ellas al declararse no se derivan acciones restitutorias, por ejemplo, la nulidad del matrimonio entre hermanos o entre padres e hijos; distinta es la situación, por ejemplo, la pérdida del derecho de rescate en el pacto de retracto por falta de pago de las pensiones de arrendamiento, cuando el arrendador quede como arrendatario; u otros casos que se pueden citar afectos de nulidad absoluta.

Sabemos que el efecto de la prescripción es el de sustraer en adelante el acto a la eventualidad de un solicitud de nulidad.¹²¹ Dado que el peticionario al acudir al órgano jurisdiccional para que se declare la prescripción lo hace motivado a quedar librado de esa eventualidad de la solicitud de nulidad. El problema radica es si deben aplicarse las mismas normas cuando se trata de ejercer la facultad de la nulidad absoluta como excepción. La doctrina ha expresado que sí deben aplicarse las mismas normas tanto a la solicitud como a la excepción. Sin embargo, la jurisprudencia, específicamente la francesa, ha admitido la posibilidad de aplicar reglas distintas.* En general, se sostiene que la excepción de nulidad, por razones de interés social, es imprescriptible.

10. SENTENCIA

El Juez debe pronunciarse sobre la solicitud de nulidad que se haya hecho por vía principal o por vía de excepción, sea desestimándola por no ser procedente, esto es, no estar en las hipótesis de ley, o por no estar debidamente probada la causal o causales alegadas. Conforme a nuestra legislación procesal, la sentencia debe seguir lo mandado en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil.¹²² Así mismo, el artículo 244 *ejusdem* menciona los casos de sentencia nula, entre ellos tipifica la absolución de la instancia. La sentencia debe decidir sobre todas las causales alegadas, cuestión muy importante con relación a los efectos de la nulidad. La decisión judicial conlleva la declaratoria de nulidad del acto o contrato que se impugnó en el juicio, bien sea parcial o totalmente; en el caso de nulidad parcial debe indicar con claridad y sin equívocos las cláusulas o disposiciones que quedan anuladas y lo que queda en vigencia y con efecto del acto o contrato impugnado.

¹²¹ *Ibidem*. p. 763.

* Acoger la máxima romana "Quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipiendum".

¹²² Calvo B., Emilio. *Comentario al código de Procedimiento Civil de Venezuela*. p. 205. Comentando los requisitos de la sentencia dice: "Esta norma de los requisitos de forma de la sentencia, es de eminente orden público, porque es denunciable en casación bajo el alcance de un defecto de actividad o de infracción de formas sustanciales, a tenor de lo dispuesto en el ord. 1º del artículo 313".

Surge una serie de interrogantes en el aspecto procesal de los juicios de nulidad. Por ejemplo: ¿Podrá el Juez fundarse en la sentencia en causales no alegadas por las partes? Si en autos está probada la nulidad, así no se haya alegado y es tan evidente el vicio contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres,* creemos que el Juez puede basarse en ella y no caería en ultrapetita, esto por la facultad que tiene de declararla de oficio. Por otra parte, el artículo 257 de la Constitución Nacional le impone el principio que el proceso es un instrumento de realización de la justicia y ésta no debe sacrificarse por formalidades no esenciales.

Otra interrogante que puede suscitarse con relación a la sentencia es ¿Podrá el Juez de Alzada, que conoce en apelación una sentencia que ha rechazado en Primera Instancia la nulidad absoluta y que las partes no habían apelado, sino sobre otros aspectos, declarar de oficio dicha nulidad? En principio, sobre los aspectos no apelados se afirma que hay una aceptación tácita y si han transcurrido los lapsos de apelación hay cosa juzgada. De manera que la cuestión no apelada se transforma en una cuestión resuelta definitivamente por una sentencia firme. La doctrina ha dicho que el Tribunal está facultado para hacer las declaraciones de oficio que señala la Ley, y la nulidad absoluta es una de ellas. Pero esto no tiene lugar cuando sobre esa nulidad existe ya un pronunciamiento judicial, que rechaza dicha nulidad,¹²³ el cual no ha sido apelado porque las partes se han conformado respecto a la decisión acerca de la nulidad absoluta.

Nuestro procesalista Humberto Cuenca¹²⁴ citando a Cernelutti que expresaba que los poderes de la casación en cuanto a la cosa juzgada no pueden limitar-

* Nota: En la doctrina y en la jurisprudencia se ha acogido la tesis que no hay ultrapetita cuando el acto es manifiesto y claro, puesto que el juez tiene la facultad para declararla de oficio, máxime cuando sea originada en hecho o causa ilícita.

¹²³ Alessandri B., Arturo. *Ob. Cit.* tomo I. p. 665. Aclara el autor “que la imposibilidad de la Corte para declarar esa nulidad absoluta se refiere únicamente a la nulidad proveniente de **la misma causal que se invocó en primera instancia**, porque si el tribunal de alzada estima que existe otro vicio de nulidad diverso de aquél, puede y debe declararla de oficio si el vicio aparece de manifiesto en el acto o contrato”.

¹²⁴ Cuenca, Humberto. *La Cosa Juzgada*, pp. 217-218-219. *Cfr.* Sentencias citadas por el autor: CdC. Sala Civil, Mercantil y del Trabajo. 4-12-1957: “El recurso se anunció y admitió solamente contra decisión dictada en ejecución de sentencia, limitándolo únicamente a los puntos nuevos, relativos a las experticias, ya que lo contrario equivaldría a pretender echar por tierra una sentencia definitiva que no fue recurrida”. pp. 309-318. Corte Superior Primera. Sent. 18-03-1965: “reconoce esta Corte que las disposiciones de la Ley de Reforma Agraria son de orden público, pero al mismo tiempo tienen que reconocer que ninguna norma, por más que goce de esa preeminencia, es suficiente para batir la cosa juzgada que deviene de una sentencia definitivamente firme, sobre todo cuando esa norma tiene un supuesto que debió ser invocado oportunamente, es decir, antes de producirse la firmeza de aquella sentencia”. pp. 430-438.

se a examinar la existencia de la identidad sino con toda plenitud en cuanto a los hechos y al derecho, decía que la sentencia sujeta a apelación es una “tentativa de sentencia (Savigny)” o “una posibilidad de sentencia (Chiovenda)”¹²⁵ o de autoridad provisoria. Más adelante acotaba que el concepto de orden público tiene distinto contenido, y por ello persigue varios fines. En su propósito ético fulmina de nulidad los actos que ofenden la moral y las buenas costumbres. Por su fin social vigila la tranquilidad ciudadana, el respeto mutuo y la paz colectiva. Continúa el maestro Cuenca diciendo que la doctrina tradicional considera la cosa juzgada como excepción que debe ser planteada en la instancia para que pueda posteriormente ser motivo de Casación, sosteniendo que esa doctrina debe ser revisada cuidadosamente. Por ello, creemos, “*mutatis mutando*”, que tratándose del orden público, como bien de la sociedad, en aquellos actos o contratos que ofendan ese orden y la moral que sean manifiestos e incontrovertibles, aun cuando no se haya apelado sobre la nulidad, el Juez podrá y deberá declarar la nulidad.

11. EFECTOS DE LA NULIDAD ABSOLUTA

Al inicio del capítulo se definía que existía nulidad absoluta en un contrato cuando éste no puede producir los efectos atribuidos por las partes y reconocidos por la ley, bien porque carezca de alguno de los elementos esenciales a su existencia (consentimiento, objeto o causa) o porque lesione el orden público o las buenas costumbres”, pero que debía ser declarado en ese sentido por el Juez. Eso significaba que se debe ejercer la solicitud, la cual se definió conforme al criterio del maestro Luis Sanojo¹²⁶ que expresaba que la solicitud de nulidad es el medio jurídico por el cual se demanda que se anule una obligación que no tiene todas las condiciones requeridas por la ley para su validez.

De esto se desprende que el primer efecto de la declaración de nulidad es dejar sin vigencia el acto jurídico o contrato. Significa que el acto o contrato debe conceptuarse, declarada la nulidad, como si no se hubiese realizado. Se trata de reponer al estado que se encontraban las partes antes de celebrarse el contrato, es decir, como si jamás el contrato se hubiese efectuado.¹²⁷ Sin embargo, en la realidad es difícil retrotraer a la situación original porque puede haberse dado la realización o cumplimiento de las obligaciones del contrato lo que origina diversas hipótesis.

¹²⁵ *Ídem*. Cfr: del mismo autor Casación Civil Tomo II. pp. 269-270.

¹²⁶ Sanojo, Luis. *Instituciones de Derecho Civil Venezolano*, tomo III, p. 173.

¹²⁷ Maduro L., Eloy. *Ob. Cit.* p. 602.

Debe observarse que en nuestra legislación civil, quizá defecto de los códigos latinoamericanos, no existe un patrón inequívoco para establecer en cada caso concreto el alcance de los efectos de la declaración de nulidad. El sistema de nulidades del Código Civil es disperso, en algunas hipótesis es incoherente e ilógico, lo cual revela una serie contradicciones de concepción, por lo que es admisible que los jueces deben buscar la solución más racional, imparcial, adecuada y la verdad, mediante una investigación libre. Más en este tipo de nulidades que se fundamentan en la protección al orden público, la ley y las buenas costumbres.

En principio tenemos que el efecto general es colocar a las partes en la situación original, lo que significa que las partes deben ser situadas en el goce de sus derechos que poseían en ese momento, por supuesto con relación al acto jurídico o contrato anulado. La nulidad suprime la relación jurídica de los contratantes derivada del acto jurídico o contrato objeto de la nulidad. Pero a su vez impone a las partes obligaciones producto de esa nulidad. Sobre esta base se deben considerar las siguientes hipótesis:

a) Las partes están obligadas a realizar la restitución en los casos que las obligaciones se hayan ejecutado, bien sea parcial o totalmente. Allí surgen diversas subhipótesis según sea la naturaleza de las obligaciones, por ejemplo, los casos de obligaciones de hacer ¿qué debe entenderse por restituir? o, también, en los casos que el objeto se haya consumido ¿Qué se debe restituir? No obstante ser la regla la restitución recíproca, en nuestra legislación se contemplan algunas excepciones, por ejemplo, no se podrá reclamar restitución en los casos de objeto ilícito ¿podrá el adquirente de droga exigir a su vendedor la restitución del precio? Claro que no. También no se podrá reclamar restitución en los contratos de “causa inmoral”, así lo dispone el tercer aparte del artículo 1.157 del Código Civil,^{Juris} salvo que la parte reclamante no haya

^{Juris} CcC/S.C.M.T., Sent. 19-1-54, GF., N° 3, 2ª. E., p. 264. “El ciudadano F.G celebró un convenio privado de separación de bienes con su cónyuge, en virtud del cual le fue adjudicado un inmueble, que él, a su vez, vendió a su hija T.G. De p. Luego de fallecido el vendedor, su viuda y alguno de los otros hijos demandaron la nulidad del convenio de separación de bienes y como consecuencia la nulidad del convenio de separación de bienes y como consecuencia de ella la citada venta, pretendiendo así que el inmueble objeto de la misma se reputara incluido en el acervo hereditario resultante de la muerte del mencionado F.G. La sentencia de la primera instancia, si bien declaró la nulidad del convenio de separación de bienes, desechó los demás pedimentos de los actores; pero apelada esta sentencia, el Tribunal Superior del Segundo Circuito Judicial del Estado Sucre declaró nula la venta otorgada por F.G. a su hija T.G. de p. Por carecer de causa lícita, ya que “habiendo señalado F.G como causa de la obligación un hecho contrario a la ley, como lo es el tantas veces mencionado acuerdo de separación de bienes privado, vicio de nulidad y sin efecto jurídico la venta otorgada”. Formalizado recurso de casación contra este último fallo, la

hecho la violación de la ley, las buenas costumbres o del orden público.* El artículo 1.349 *ejusdem* con relación al contrato con incapaces dispone que no se podrá reclamar el reembolso si no se prueba que lo pagado se ha convertido en provecho de tales personas, cuestión incluso que es ratificada en el artículo 1.755 correspondiente al depósito con incapaces.

b) Puede nacer la obligación de indemnización de daños y perjuicios a favor de la parte que no haya dado causa para la nulidad, esto es, que haya obrado de buena fe. Comenta Maduro Luyando que la doctrina ha discutido acerca de la naturaleza de la solicitud por la responsabilidad civil, si es contractual o delictual, inclinándose por conferirle el de tipo delictual.¹²⁸ Es admisible que en los casos de objeto y/o causa ilícita sea la solicitud de responsabilidad civil de naturaleza delictual debido a la causa misma de la nulidad, pero en aquellos en donde no está presente la ilicitud, por ejemplo, en la liberación del vendedor de sanear la evicción por el hecho propio o la no formalización registral de la de hipoteca son relaciones jurídicas de naturaleza esencialmente civil y la solicitud de responsabilidad civil debe responder a esa naturaleza contractual.

c) Los efectos con relación a terceros pueden ser de diversa índole. En principio el derecho del tercero está sujeto a la vigencia del derecho de su causante, de suerte que si el derecho de éste es nulo lo es el derecho adquirido por el tercero. Nadie puede transmitir el derecho que no tiene. Quedan a salvo las excepciones establecidas: 1) en la adquisición de buena fe de bienes muebles tal como lo dispone el artículo 794 del Código Civil,^{Juris} 2) Que

anterior Corte de Casación declara lo siguiente: “Tal no es la noción de causa a que se refiere el artículo 1.157 del Código Civil. *Causa* es el fin en virtud del cual una persona se obliga hacia otra. En los contratos sinalagmáticos, la causa es la ejecución prometida por la otra parte, y es ilícita la causa cuando es contraria a la ley o a las buenas costumbres, como, por ejemplo, un préstamo por motivo de juego, donación hecha en razón de un concubinato. Por el hecho que el demandante hubiere invocado como título de adquisición un acto jurídico nulo, es manera alguna se puede considerar la venta efectuada como una venta de causa ilícita”. Ver: Publicación del Instituto de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCV, Caracas, 1978, Código Civil de Venezuela: artículos 1.146 al 1.158. pp. 380-381-382.

*Nota: Cfr: los artículos 142- 896 -ord. 3º del 1.141- 1.178- 1.200- 1.202- ord. 3º del 1.393- 1.447- 1.720- 1.721- 1.801- 1.858 del Código Civil.

¹²⁸ Maduro L., Eloy *Ob. Cit.* p. 603.

^{Juris} JTR 23-7-57. V. VI. T. I. p. 418. “Es poseedor de buena fe quien posee como propietario en fuerza de justo título, es decir, de un título capaz de transferir el dominio aunque sea vicioso, con tal de que el vicio sea ignorado por el poseedor; y como la buena fe se presume, en materia de mueble equivale al título”. JTR 14-7-67. V. XV. p. 487 s. “Ahora bien, conforme al artículo 794 respecto de los muebles, la posesión produce, a favor de los terceros de buena fe, el mismo efecto que el título; es la consagración del principio según el cual “en materia de muebles la posesión vale título”, por manera que el demandado es un poseedor, pero no un poseedor cualquiera, ya que su posesión vale por título al ser un tercero, o sea, no viene a ser un mero o simple detentador indebido, salvo que exista de su parte mala fe; y sucede que, de acuerdo con la ley, en materia de posesión la buena fe se presume y quien alega la mala fe debe probarla, siendo que el demandante no ha alegado ni menos probado la mala fe del demandado poseedor”. Citadas por Perera Planas, Nerio. Código Civil Venezolano. p. 489.

los bienes hayan sido adquiridos en feria o mercado o en venta pública, tal como lo dispone el artículo 795 *ejusdem*; y 3) con relación a los frutos el poseedor de buena fe no está en la obligación de restituirlos si no aquellos que percibiere después que haya sido notificado legalmente de la demanda así lo dispone el artículo 790.*

Se debe precisar que algunos autores han clasificado según el alcance de la nulidad absoluta, con relación a un acto o contrato, si es total o parcial. Es decir, si afecta a todo el contrato o a una parte o a cláusulas, por ejemplo, en contrato de venta con diversas cláusulas y una de ellas consiste en la liberación del vendedor de la evicción por el hecho personal. En nuestra legislación debe entenderse que el legislador tomó esa visión, porque en algunas normas expresamente dispone “es nula la cláusula...” o “es nula toda disposición”. De manera, que un acto o contrato puede estar afectado de nulidad absoluta, total o parcialmente. En todo caso será la parte que hace la solicitud de la nulidad la que entablará la pretensión; sin embargo, como se ha dicho, el Juez puede de oficio declarar la nulidad apartándose de lo solicitado por las partes, si el vicio es evidente y manifiesto y atenta contra el orden público y las buenas costumbres o es violatorio de la ley. En caso de la nulidad parcial quedará en vigencia, con todos los efectos, los aspectos del acto o contrato que no hayan sido declarados nulos; por supuesto, siempre que sean separables.^{LC}

* Nota: Cfr: artículo 812 referente al indigno y el artículo 1.180 respecto al que recibe pago actuando de mala fe.

^{LC} En el Código Civil argentino se prevé la nulidad total o parcial. En efecto, el artículo 1.039 dispone: “La nulidad de un acto jurídico puede ser completa o sólo parcial. La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables”.

Protección del tercero en los procedimientos interdictales

Andrea RONDÓN GARCÍA*

SUMARIO:

1. Planteamiento del problema.
2. Posiciones doctrinarias y jurisprudenciales.
3. Nuestra posición: 3.1 *La medida de secuestro.* 3.2 *Los derechos del tercero.*

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La posesión a pesar de ser un hecho, por tratarse de uno jurídico, esto es, un acontecimiento susceptible de crear, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones,¹ tiene una protección en el ordenamiento jurídico,² que,

* **Universidad Central de Venezuela.** Abogada *magna cum laude* (puesto 3/284). Cursante del Postgrado de Derecho Procesal (mención: Procesal Civil). Ex preparadora de Derecho Mercantil I. **Tribunal Supremo de Justicia.** Abogada. Correo electrónico: airondon75@hotmail.com.

¹ Concepto expuesto en el artículo 896 del Código Civil argentino y adoptado por Enrique Aftalión, José Vilanova y Julio Raffo (*Cfr. Introducción al derecho*. 3ª edición. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 976).

² Kummerow Gert. *Bienes y Derechos Reales*. 5ª edición. McGraw Hill, Caracas, 2002, p. 140.

en este caso, se trata de las acciones posesorias, las cuales están previstas en los artículos 782, 783, 785 y 786 del Código Civil y 699 al 719 del Código de Procedimiento Civil.

En el caso del interdicto de amparo, si el interesado demuestra la posesión – que debe ser legítima y mayor de un (1) año– y el juez considera que las pruebas sobre la perturbación son suficientes, decretará el amparo de la posesión y ordenará todas las medidas que considere necesarias (artículos 782 del Código Civil y 700 del Código de Procedimiento Civil). En el caso del interdicto restitutorio, cuando la persona despojada de la posesión del bien mueble o inmueble, dentro del año del despojo, pide la restitución contra el autor, incluso si es el propietario, el juez, si encuentra suficientes pruebas, exigirá la constitución de una garantía y decretará la restitución de la posesión, para lo cual ordenará todas las medidas y diligencias que considere convenientes para garantizar la ejecución del decreto.³ Ahora bien, cuando el querellante se niega a efectuar la referida consignación, el juez sólo decretará el secuestro si de las pruebas se deduce una presunción grave a su favor (artículos 783 del Código Civil y 699 del Código de Procedimiento Civil).

En este mismo orden de ideas, tenemos que ese secuestro, como pretende asegurar la cosa, ya deja de ser una medida interdictal para ser una preventiva,⁴ que según la doctrina tiene unas características muy particulares, pues

³ Al margen del tema que estamos tratando, conviene destacar que la Sala de Casación Civil, en sentencia N° 132/2001 del 22 de mayo cambió el procedimiento para tramitar los interdictos restitutorios y de amparo, y estableció que luego de la citación del querellado, éste queda emplazado para el segundo día siguiente, a fin de que exponga los alegatos que considere pertinentes, pudiendo seguir el procedimiento pautado en el artículo 701 del Código de Procedimiento Civil. Vemos pues, que con el cambio introducido por la Sala de Casación Civil, los alegatos de las partes serán promovidos antes –y no después como dispone el artículo 701–, de la articulación probatoria. A nuestro modo de ver, el carácter dialéctico del proceso y los principios que de ello se derivan (contradictorio, derecho a la defensa y debido proceso) deben ser analizados a la luz de la naturaleza del procedimiento en cuestión para no desvirtuarlo y alterar el propósito para el cual se concibió. En el presente caso, la previsión del artículo 701 no elimina el contradictorio, sino que tratándose de una perturbación de la posesión con ciertas características, lo estructura de una forma distinta, esto es, luego de practicada la medida que asegura la protección judicial se abre un lapso probatorio, y luego del mismo, dentro de los 3 días siguientes, las partes expondrán sus alegatos, los cuales, según nuestro criterio, pueden desarrollarse mejor porque incluso contendría observaciones a esa fase probatoria.

⁴ Duque Corredor Román. *Cursos sobre juicios de la posesión y de la propiedad*. Editora El Guaray, Caracas, 2001, p. 57. Respecto de la distinción entre tutela posesoria y tutela preventiva resulta interesante el desarrollo que ha hecho Calamandrei. En efecto, el maestro de Florencia señala que la tutela cautelar tiene un carácter instrumental porque no es un fin en sí misma, pues a través de ella se busca contribuir al mejor éxito de la sentencia definitiva, en cambio, la tutela posesoria en sí misma agota la finalidad del querellante al interponer la demanda, porque está dirigida a impedir las perturbaciones a la posesión (*Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*. Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, pp. 102-103).

siempre versa sobre la cosa litigiosa y se concede con fundamento en el derecho real o personal que la parte (demandante o demandado) pretende tener sobre una cosa determinada.⁵

Ahora bien, ¿qué sucede si un tercero, distinto a aquel al que se atribuye el despojo, se dice propietario o poseedor del bien?, ¿cuáles mecanismos de defensa tiene ese tercero?, ¿qué posibilidades tiene de oponerse a la medida o de hacer valer sus pretensiones? Estas interrogantes aun cuando son muy frecuentes en la práctica no tienen respuesta en nuestro Código, pero la doctrina y la jurisprudencia han fijado, de forma contradictoria entre sí, posición al respecto. En este último sentido indicamos que nuestro propósito es exponer las distintas posiciones que existen en torno al problema planteado y presentar nuestras conclusiones, a fin de contribuir, en la medida de lo posible, al desarrollo de un proceso en el que no se tenga una visión restringida del mismo y se ofrezcan verdaderas soluciones para aquellos que, aunque no dieron origen al juicio o no son parte del mismo, tienen una serie de derechos que requieren de tutela jurisdiccional.

2. POSICIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES

José Andrés Fuenmayor sólo estudia la intervención de terceros en el artículo 703 del Código de Procedimiento Civil, esto es, cuando se presenta por el poseedor o por aquel que se imputa el despojo o la perturbación, en la articulación probatoria que sigue a la restitución o ejecución de la medida decretada, pero en su artículo intitulado “*Interdictos posesorios*” no plantea la posibilidad de que en la ejecución de esas medidas un tercero ajeno a este juicio pueda ver perjudicados sus derechos.⁶

Ricardo Henríquez La Roche, por su parte, considera que el tercero no podría oponerse a la medida de secuestro porque, vistas las características y peculiaridades de esta clase de medida, la oposición a la misma supondría una discusión sobre el derecho a la cosa secuestrada, situación que no puede dilucidarse en una incidencia, pues se trata de una pretensión que involucra el fondo del asunto principal, por lo tanto, propone que en estos casos el tercero debe acudir a la tercería de dominio prevista en el artículo 370, ordinal 1º del Código de Procedimiento Civil.⁷

⁵ Henríquez La Roche Ricardo. *Medidas Cautelares (según el Código de Procedimiento Civil)*. Ediciones Liber, Caracas, 2000, pp. 120-122.

⁶ Fuenmayor José Andrés. *Opúsculos jurídicos. Evolución y perspectiva del derecho procesal en el país*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2001, p. 89.

⁷ Henríquez La Roche Ricardo, *Ob. Cit.*, p. 244.

En una posición similar a la anterior se encuentra Román Duque Corredor, quien al analizar el secuestro que se decreta en el interdicto restitutorio (artículo 699 de la Ley Adjetiva Común), señala que si el mismo afecta a un tercero que alega la propiedad o la posesión del bien, no podría oponerse a la medida, pues dicha incidencia sería incompatible con la naturaleza breve del proceso interdictal, así como tampoco podría intentar una tercería de dominio o de mejor derecho, no sólo por lo antes señalado, sino también porque en el interdicto no se discute ni la propiedad ni la posesión.⁸ El mencionado autor ofrece como única alternativa *“intentar en un juicio aparte, mediante un procedimiento ordinario, una tercería de dominio o de mejor derecho en contra del querellante o del querellado”*.⁹

Ahora bien, consideramos que las anteriores propuestas podrían considerarse válidas en otro tipo de procedimientos con una cognición plena, pero en el interdicto, que se caracteriza por ser breve y sumario, no solucionarían el problema del tercero. Dichas propuestas no son más que el reflejo de la tendencia jurisprudencial que ha tenido la Casación venezolana, y en este sentido conviene citar la posición de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia que, en sentencia del 24 de marzo de 1994, caso: José Domingo Medina Saldivia, Víctor Muñoz Sánchez y otros, estableció lo que sigue:

...si la medida precautelativa que recae sobre bienes de un tercero es un secuestro, o prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, o alguna de las medidas complementarias de que trata el primer aparte del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, o alguna de las medidas innominadas o atípicas a que se refiere el párrafo primero del primer artículo, ese tercero que se siente afectado, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 370, ordinal 1°, y 371 *ejusdem* debe proponer demanda de tercería contra las partes contendientes ante el juez de la causa de primera instancia. (...)

Estas actuaciones deben realizarse siempre de la forma prevista sin que se pueda variar, por expresa prohibición del artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, desde luego que a las partes no a los jueces les está dado subvertir las reglas de procedimiento y, en caso de hacerse, todo lo que se realice estará viciado de nulidad, no susceptible de convalidación, ni siquiera con el consentimiento expreso de las partes, por mandato del artículo 212 *ejusdem*.

⁸ Duque Corredor Román, *Ob. Cit.*, p. 62.

⁹ Duque Corredor Román, *Ob. Cit.*, p. 62.

Al igual que las propuestas formuladas por la doctrina, consideramos que el criterio citado *supra*, ratificado por la Sala de Casación Civil del actual Tribunal Supremo de Justicia en sentencias N° 44/2003 del 27 de febrero, caso: *José Antonio Vanegas y Ana Mireya Barrios de Vanegas* y N° 72/2000 del 24 de marzo, caso: *José Domingo Medina Saldivia*, no soluciona la situación del tercero. De allí que resulta interesante revisar la evolución jurisprudencial de la Sala Constitucional en el tema, pues en ésta encontramos una alternativa a la tendencia jurisprudencial de la Casación.

La mencionada Sala, en sentencia N° 401 del 19 de mayo de 2000, caso: *Centro Comercial Los Torres C.A.*, estableció que para la protección del derecho de propiedad de un tercero, dentro de un “*procedimiento ordinario*” la vía idónea era la tercería de dominio.¹⁰ Posteriormente, en sentencia N° 2206 del 9 de noviembre de 2001, caso: *Inmobiliaria Pineda C.A.*, la Sala señaló que el tercero, ante el decreto de medida de secuestro, tenía la posibilidad de oponerse a la medida con fundamento en el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil, norma que, aunque se refiere a la oposición al embargo, puede aplicarse a la medida de secuestro, y ello con fundamento en los artículos 604 *eiusdem*, 26, 49 y 257 de la Constitución.

El criterio anterior, que se estableció en la consulta de una sentencia que resolvió un amparo ejercido contra las presuntas violaciones ocurridas en un juicio de inquisición de paternidad, se extendió a los procedimientos especiales como el interdicto. En efecto, en sentencia N° 1.317 del 19 de junio de 2002, caso: *León Cohén C.A.*, se dispuso que cualquier medida preventiva puede ser objeto de oposición a través del artículo 546 del Código de Procedimiento Civil, lo cual no atenta en forma alguna en contra de la celeridad y concentración exigida en el procedimiento interdictal.¹¹ De hecho, la Sala Constitucional en esa oportunidad indicó que la tutela que se pretendía obtener a través del mecanismo del mencionado artículo 546 no sólo atendía a la propiedad sino también a la posesión, incluso precaria.

Finalmente, la Sala en sentencia N° 1620/2004 del 18 de agosto, caso: *León Cohén C.A.*, al resolver la acción de amparo intentada contra la negativa de

¹⁰ Este criterio ha sido ratificado en sentencia N° 1.130 del 5 de octubre de 2000, caso: *Adolfo José Gimeno Paredes*.

¹¹ Dicho criterio ha sido ratificado en sentencias N° 183 del 14 de febrero de 2003, caso: *Jesús Ferrer*, N° 1320 del 23 de mayo de 2003, caso: *Erlis Antonio Pérez Guerrero*, y N° 710 del 28 de abril de 2004, caso: *Agropecuaria Puerto Nuevo C.A.*

un Juzgado Superior de admitir en un procedimiento interdictal la oposición del tercero por vía incidental, señaló, con mayor contundencia, que dicho órgano jurisdiccional vulneró el derecho a la defensa, el debido proceso y el principio de igualdad procesal, porque, en consideraciones de la Sala, sólo al permitir la oposición del tercero bajo estas circunstancias es que se logra la protección de sus derechos. En el referido fallo se indica que la interpretación extensiva y teleológica del artículo comentado constituye una forma de garantizar el derecho a la alegar y probar del tercero, así como a ser oído por el órgano jurisdiccional.

Estamos de acuerdo con la solución brindada por la Sala Constitucional al problema examinado (indefensión del tercero en los procesos interdictales) por las razones que se dan a continuación.

3. NUESTRA POSICIÓN

Para defender nuestra posición, la cual, como ya anticipamos, se adhiere a la asumida por la Sala Constitucional, consideramos pertinente desarrollar nuestro análisis desde dos perspectivas; la primera referida a la naturaleza particular de la medida de secuestro; y la segunda relativa a los derechos del tercero que puede verse afectados por la ejecución de una medida dictada en un proceso en el que, como su calificativo de “tercero” lo indica, no es parte en sentido estricto.

3.1 LA MEDIDA DE SECUESTRO

Ciertamente el tercero que pueda verse afectado por la ejecución de una medida de secuestro tiene la posibilidad de acudir a la tercera, pero ello no es posible en los procedimientos con cognición abreviada o sin cognición, entonces, surge como una posible solución la oposición prevista en el artículo 546 del Código de Procedimiento Civil; sin embargo, reconocida doctrina alega que por la naturaleza del secuestro, que entraña la discusión del fondo de la controversia, no podría resolverse su procedencia en una incidencia.

Coincidimos en que el secuestro, al tratarse de una medida que se funda en la afirmación de la persona de tener un derecho sobre la cosa, significa un debate adelantado del fondo; pero nos preguntamos si no resultaría gravoso y perjudicial para el poseedor del bien el ser afectado por una medida que se dicta dentro un proceso breve y sumario, que prevé la posibilidad de decretar esta medida sin consagrarse ninguna alternativa en defensa de sus intereses congruente y cónsona con este procedimiento.

La medida de secuestro presenta determinadas características que la distinguen de otras medidas, características que en procedimientos como el interdicto —los cuales son, según dice Juan Andrés Fuenmayor juicios que comienzan al revés porque comienzan con la ejecución—¹² podrían resultar sumamente gravosas para el tercero, por lo tanto, requiere de igual modo de un mecanismo particular para su oposición.

No desconocemos que la oposición al secuestro a través del artículo 546 de la Ley Adjética Común conlleve, como lo advierte Henríquez La Roche, a una discusión del fondo del asunto principal en una incidencia; sin embargo, consideramos que esta alternativa luce más conforme al artículo 49 constitucional que la tercería de dominio dentro de un procedimiento interdictal o, simplemente, dejar al tercero sin ningún medio de defensa. Para profundizar esta última afirmación, debemos decir que nos adherimos a la postura asumida por Duque Corredor, en el sentido de rechazar la tercería de dominio dentro de un interdicto porque ello no sólo es contrario a su naturaleza breve, sino también a los objetivos del mismo, pues en él no se discute la propiedad o posesión del bien, lo que se pretende es evitar el despojo.

En nuestro criterio, no sólo basta con crear las condiciones necesarias para reintegrar la posesión sino que también se deben crear las condiciones necesarias para que aquellos que puedan verse afectados por una medida orientada a lograr estos objetivos puedan impugnar la misma, y luego de una articulación probatoria en la que los interesados prueben y aleguen, se determine la procedencia o no de la medida.

Ahora bien, esta línea argumentativa también nos lleva a rechazar la posibilidad de remitir al tercero a un juicio aparte de tercería de dominio, porque ella no evitará que en un procedimiento breve y sumario como es el interdicto se logre la desposesión del bien con las naturales consecuencias que ello significa. Esta posibilidad implica que el tercero sufrirá los efectos de una medida decretada en un proceso en el que no fue oído, pero que además debe acudir a otro mucho más largo para exigir una protección de sus derechos, lo cual, a nuestro juicio, no se logrará a cabalidad porque mientras se inicia y tramita la tercería de dominio, ya se habrá ejecutado en el procedimiento interdictal la medida de secuestro sobre el bien que él alega tener la posesión o propiedad.

¹² Fuenmayor José Andrés, *Ob. Cit.*, p. 87.

Para finalizar este punto, insistimos en que una medida con las características que evidencia el secuestro debe tener, dentro del mismo proceso en el que es decretado, un mecanismo de impugnación idóneo para que la persona afectada por la misma, sea parte o tercero, pueda ser oída, esgrima sus alegatos y tenga la posibilidad de probarlos.

3.2 LOS DERECHOS DEL TERCERO

La doctrina especializada refiere que *parte*, término procesal, es quien reclama y contra quien se reclama,¹³ y en este sentido debemos indicar que en el caso que estamos estudiando como la persona que resulta afectada por el decreto de una medida de secuestro no es ni parte demandante ni demandada tiene el calificativo de tercero.

Dicho tercero, y es la tesis que tratamos de sostener en estas líneas, como es afectado por una medida, debe tener las posibilidades de defenderse en el mismo proceso en que se dictó la medida, pero tales posibilidades deben ser diseñadas teniendo en consideración la naturaleza breve del procedimiento interdictal. A tal efecto, consideramos que una interpretación extensiva y teleológica del artículo 546 del Código de Procedimiento Civil constituye una solución válida, razonable, para lograr tutelar al tercero en la situación antes descrita sin desvirtuar la naturaleza del procedimiento en cuestión.

Debemos señalar que en el derecho comparado las soluciones van más allá de la que suscribimos. En efecto, Díez-Picazo y Gullón, al disentir de las afirmaciones hechas por García Valdecasas referidas a que el tercero de buena o mala fe no es condenado sin ser oído si la sentencia de reposición de la posesión al despojado lo afecta, sostienen que

es más que dudoso que no exista indefensión del tercero si está obligado a reponer materialmente sin haber sido oído en el pleito.
En él debe figurar como codemandado.¹⁴ (Negritas nuestra).

Resulta claro que una ampliación de la legitimación pasiva le otorga el carácter de parte a aquel que no efectuó el despojo pero que alega la posesión del bien, con lo cual puede ejercer todos los derechos procesales que el ordenamiento jurídico le otorga a las partes (*v.gr.*: esgrimir alegatos y aportar

¹³ Guasp Jaime. *Derecho Procesal Civil*. Tomo I. 5ª edición. Civitas, España, 2002, p. 187.

¹⁴ Díez-Picazo Luis y Gullón Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen III. 6ª edición. Tecnos, España, 1998, p. 130.

pruebas según la sentencia N° 132/2001 del 22 de mayo, caso: *Jorge Villasmil Dávila*, apelar de la decisión según el artículo 701 del Código de Procedimiento Civil). Tal vez pudiéramos trasladar esta solución a nuestro ordenamiento jurídico y efectuar una interpretación extensiva y teleológica del artículo 783 del Código Civil que establece que “*quien haya sido despojado de la posesión, cualquiera que ella sea, de una cosa mueble o inmueble, puede dentro del año del despojo, pedir contra el autor de él*” la restitución de la posesión, y en el sentido antes señalado agregaríamos “*o quien se encuentra en la posesión del bien*”.

Pero esto nos plantea un problema, ¿qué sucede si el querellante no sabe que el bien no está en manos del presunto autor del despojo?, ¿qué sucede si el querellante no sabe quién posee el bien?, entonces, consideramos que cobraría fuerza la propuesta del artículo 546 de la Ley Adjetiva Común, y más allá de ello, surgiría la necesidad de tutelar los derechos de los terceros.

La antedicha necesidad, ya ha sido tratada desde hace algún tiempo y bajo otro escenario por Juan Montero Aroca, quien al desarrollar su tesis doctoral sobre “*La intervención adhesiva simple*”, señaló que aquellos terceros titulares de una relación jurídico-material que tiene algún elemento de conexión con la relación jurídico-material que se deduce en un proceso y que lo hace dependiente de esta última, al intervenir en el proceso según los requisitos legales, adquiere la condición de parte,¹⁵ y con ella los poderes procesales que tal condición implica, excepto, claro está, los poderes de disposición¹⁶ que sólo ostentan las partes en *stricto sensu* (demandante y demandado).

Alex Carocca Pérez, por su parte, sostiene que el tercero que se encuentra en la situación arriba descrita tiene como mecanismo de defensa la intervención adhesiva, cuyas regulaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España deben ser interpretadas de tal forma que el derecho a la defensa del tercero no sólo se agote con su notificación sino que también abarque su efectiva intervención.¹⁷ De igual modo, en el caso específico de la intervención provocada del tercero, el referido autor señala que la tutela que se

¹⁵ Montero Aroca Juan. *La Intervención Adhesiva Simple. Contribución al estudio de pluralidad de partes en el proceso civil*. Editorial Hispano Europea, España, p. 189.

¹⁶ Montero Aroca Juan, *Ob. Cit.*, pp. 235 y ss.

¹⁷ Carocca Pérez Alex. *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. Ediciones Jurídicas Olejnik y J. M. Bosch Editor, Santiago de Chile-Barcelona, 1998, p. 213.

ofrece al tercero busca evitar que se apliquen los efectos de la sentencia sin haber sido oído y que se le cite para que pueda efectivamente intervenir en dicho proceso.¹⁸

En nuestro caso, no debe sorprendernos la corriente jurisprudencial asumida en el tema de la oposición al secuestro por parte del tercero, porque en escenarios como la intervención adhesiva simple, la actitud de la jurisprudencia ha sido la misma. En efecto, consideramos un caso emblemático el ámbito del contencioso-administrativo y la sentencia del N° 16/2000 del 10 de marzo, caso: *Allan Brewer-Carías*, en la que la Sala Electoral, ratificó el criterio adoptado por la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de septiembre de 1991, caso: *Rómulo Villavicencio*, y expuso lo siguiente:

En ese orden de razonamiento, en virtud de la ausencia de regulación en esta materia en el procedimiento contencioso administrativo, se impone la aplicación del artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y por tanto el examen de las disposiciones que sobre la intervención de terceros consagra el Código de Procedimiento Civil, pero sin entrar a analizar de manera exhaustiva cada una de las figuras que en el mismo se regulan. Por tanto, debe tomarse únicamente en consideración la correspondiente ‘intervención adhesiva’, la cual ya fue examinada por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 26 de septiembre de 1991 (Caso Rómulo Villavicencio), distinguiendo entre las intervenciones de terceros que ostentan el carácter de **partes** y los terceros **adhesivos simples**, y en tal sentido expresó: “será parte si se alega un derecho propio, de acuerdo con el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, o será tercero adhesivo simple si alega un simple interés. Por lo tanto, a tenor del propio artículo 381 citado, puede haber terceros intervinientes cuyo carácter en juicio sea de verdaderas partes”.

De lo anterior se desprende que en el proceso contencioso-administrativo, hasta ahora, los intervinientes adhesivos simples no ostentan la condición de partes, con lo cual se limitan enormemente sus posibilidades de ejercer su derecho a la defensa a lo largo del proceso a diferencia de lo que ocurriría si fueran considerados como tales. En este sentido, hemos de destacar que el

¹⁸ Carocca Pérez Alex, *Ob. Cit.*, 210.

interviniente bajo esta modalidad (adhesión simple) debería ingresar al proceso como parte, pero, y en este sentido nos adherimos a Montero Aroca, bajo ciertos parámetros y circunstancias.¹⁹

Ahora bien, todas estas situaciones, que en un primer momento parecen haber desviado nuestra atención del tema que motivó estas líneas, nos sirven para sostener que la concepción que tenemos del proceso como un contradictorio que únicamente involucra al demandante y al demandado debe cambiar, porque la sentencia que se dicte en dicho proceso puede afectar de forma indirecta (v. gr.: interviniente adhesivo simple) o directa a una persona distinta a las partes, y por esta razón, debe estructurarse el proceso judicial para brindarles tutela a esos terceros afectados.

Consideramos que la interpretación extensiva y teleológica del artículo 546 del Código de Procedimiento Civil y aplicada al procedimiento interdictal atiende a esta necesidad; sin embargo, algunos podrían alegar que esta interpretación no es lícita, por ello deseamos finalizar este punto señalando lo siguiente:

1.- El significado estricto, en el lenguaje usual, atiende a la “esfera nuclear” de una palabra y el de amplio corresponde a la “esfera marginal”.²⁰ Dichos conceptos aplicados al término “hijos” nos llevan a decir que en un sentido estricto, es decir, considerando sólo su esfera nuclear, hijos son sólo los carnales, y en un sentido amplio, esto es, teniendo presente su esfera marginal, incluye a los hijastros, a los hijos adoptivos y a los políticos.²¹

2.- La regla de la interpretación estricta sólo aplica a las excepciones.²²

3.- Los métodos interpretativos amplios sirven para colmar las lagunas legales y para “*adoptar y conformar ulteriormente nuevas ideas jurídicas que, en todo caso, han sido insinuadas en la propia ley (...) esta clase de desarrollo del Derecho, si ha de estar justificada, sólo debe tener lugar en consonancia con los principios directivos de todo ordenamiento jurídico...*”.²³

¹⁹ Montero Aroca refiere que en la intervención adhesiva simple rigen tres principios, a saber, i) la no suspensión del procedimiento; ii) los actos del interviniente no deben retardar el curso del procedimiento; y iii) el interviniente ingresa al juicio en el estado en que éste se encuentre (*Ob. Cit.*, p.p. 231 y ss).

²⁰ Larenz Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción por: Marcelino Rodríguez Molinero. Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1994, p.p. 350-351.

²¹ Larenz Karl, *Ob. Cit.*, p. 351.

²² Larenz Karl, *Ob. Cit.*, p. 352.

²³ Larenz Karl, *Ob. Cit.*, pp. 358-359.

4.- En la mayor parte de los casos, el legislador pretende a través de la ley el logro de “*finés objetivos del Derecho*”, esto es, garantizar la paz, la resolución justa de los conflictos, prestar la máxima atención a los intereses que se encuentran en conflicto, la tutela de los bienes jurídicos mediante un procedimiento justo.²⁴

El artículo 546 del Código de Procedimiento Civil no contempla una situación excepcional, sino que regula un mecanismo de defensa para el tercero que alega la propiedad de un bien que es objeto de una medida de embargo; sin embargo, sucede que ese tercero puede ser un poseedor, incluso precario, distinto al demandado y que la medida puede ser un secuestro o una prohibición de enajenar y gravar, entonces, si el *telos* de la norma atiende a la protección del tercero y si nuestro ordenamiento jurídico consagra el acceso a la justicia a todas las personas (artículo 26 del Texto Constitucional) y concibe al proceso como un instrumento para alcanzar la justicia (artículo 257 *eiusdem*), consideramos que la interpretación que se ha propuesto resulta válida y cónsona con lo antes dicho, y debe permitirse al tercero poseedor oponerse a la medida decretada con base en el referido artículo 546.

Debemos enfatizar que tal interpretación extensiva y teleológica sólo sería posible en supuestos en que la cognición es breve o inexistente, pues en los procedimientos con cognición plena, la persona afectada por la medida de secuestro tiene la posibilidad de la tercería de dominio o de mejor derecho. Insistimos en este punto porque, como lo indicamos, la interpretación extensiva y teleológica tiene fines bastante definidos que se cumplen, según nuestro criterio, de forma plena, en el caso del tercero afectado por una medida de secuestro dictado dentro de un procedimiento interdictal y aplicarla a situaciones distintas que no la requieren constituye un abuso de la misma.

Finalmente, debemos indicar que todo lo hasta aquí expuesto no es más que nuestra concepción de un proceso que, si admitimos que no sólo afecta a las partes, debe estar estructurado de tal forma que prevea mecanismos de defensa para *todo aquel que pueda resultar perjudicado por alguna providencia que se dicte*, y al mismo tiempo, que tales previsiones no generen perjuicios para las partes, retardos en el proceso o desviaciones de su naturaleza y propósito. En este sentido, reconocemos que la tarea no es sencilla, pero en el derecho comparado ya han habido adelantos en el tema, y lo que es más importante, contamos con la teoría general del derecho para lograr el equilibrio exigido por la Norma Constitucional.

²⁴ Larenz Karl, *Ob. Cit.*, p. 331.

División patrimonial en las mediaciones para la separación y el divorcio

Miriam SAN JUAN ARMAS¹

SUMARIO:

1. **Comprensión del régimen económico matrimonial.**
2. **Finalidad y utilización del formulario.**
3. **Referencia a cada uno de los conceptos que integran el formulario:** 3.1 *Inmuebles*. 3.2 *Cuentas bancarias*. 3.3 *Deuda pública, Obligaciones, bonos y otros valores negociables en mercados oficiales*. 3.4 *Certificados de depósito, pagarés, obligaciones y otros valores no negociables en mercados oficiales*. 3.5 *Acciones y participaciones en capital de sociedades negociadas en mercados oficiales y no oficiales*. 3.6 *Participaciones en fondos de inversión*. 3.7 *Seguros de vida, planes de jubilación y planes de pensión*. 3.8 *Vehículos, motos,*

¹ **Universidad Central de Venezuela**, Abogada y Doctora en Ciencias Jurídicas, Profesora Jubilada. **Ilustre Colegio de Abogados de Madrid**, Letrada. **Pontificia Universidad de Comillas**, Especialista en Mediación familiar y con menores. **Asociación Interdisciplinaria Española de Estudios de Familia**, Mediadora Familiar. Autora de diversos artículos y monografías sobre temas de Derecho de Familia y Mediación Familiar. Monitora de Cursos y Módulos para formación de mediadores familiares. Este artículo tiene como referencia la experiencia mediadora de la autora en España. Igualmente es español el contexto legal al que se alude y respecto del que se incluyen varias referencias.

embarcaciones y aeronaves. 3.9 Joyas, pieles, antigüedades y objetos de arte. 3.10 Intereses en negocios sin personalidad jurídica: patrimonio afecto al negocio (locales, maquinaria, equipamiento, mercadería...). 3.11 Derechos reales de uso y disfrute. 3.12 Concesiones administrativas. 3.13 Derechos de propiedad intelectual e industrial. 3.14 Otros bienes y derechos. 3.15 Préstamos de entidades bancarias, financieras y otros. 3.16 Otra deudas.

4. Análisis de los bienes y negociación.

1. COMPRENSIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Las personas mediadoras requieren tener algunos conocimientos mínimos de los principios legales que regulan el tema,² sin que ello implique un manejo detallado de todas las complejidades técnico-jurídicas encuadradas en él. Tampoco supone que las partes tengan que quedar encajonadas en estas reglas, sino que por el contrario, la ventaja de la mediación es que les permite buscar, dentro de sus propias pautas y en función de su historia, la distribución que les parezca más adecuada a su situación. En este caso es conveniente tener en cuenta las normas legales, especialmente las fiscales, a fin de que los/as abogados/as y/o asesores/as fiscales puedan darle la forma requerida a la liquidación de manera de no perjudicar los intereses de ninguno de ellos.

La cuestión de la división patrimonial puede plantearse dentro del Convenio Regulador que han de presentar las partes para regular los efectos de la separación o el divorcio, pero sin que este aspecto sea legalmente de ineludible resolución en dicho Convenio. Por lo tanto, pueden dejarlo en suspenso y abordarlo en un momento posterior. Es una cuestión que toca decidir a los mediados, pero por nuestra experiencia estimamos que la disolución y extinción del patrimonio común, conjuntamente con los temas referidos a los hijos y sus relaciones, contribuye a que la cada miembro de la pareja asimile mejor la separación y evita la prolongación de los conflictos.

² El Código civil español prevé tres tipos de regímenes económicos matrimoniales: el régimen de sociedad de gananciales que es el más extendido y que se aplica si no se ha pactado otro diferente; el de separación que no da lugar a la existencia de un patrimonio común, pero que plantea problemas para su administración; y el régimen de participación en el que cada cónyuge disfruta de la administración y libre disposición de sus bienes y en el que una vez que se produce la liquidación, se configura como un régimen de comunidad, en el que cada cónyuge tiene derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte. Este último es el menos frecuente.

Todo lo relativo al régimen económico del matrimonio está regulado en los artículos 1.315 a 1.444 del Código Civil.

Es esencial determinar, en primer lugar, el tipo de régimen económico que ha regido el matrimonio. Si es el de gananciales el patrimonio ganancial estará integrado por todos los bienes y derechos que cualquiera de los cónyuges haya adquirido durante su vigencia, salvo aquellos que se puedan considerar bienes privativos por haber sido adquiridos antes del matrimonio por cada uno de ellos u otros que tengan tal carácter en virtud de disposición expresa de la ley.³ De acuerdo con el artículo 1.361 del Código Civil Español se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer.

Este es el régimen común aplicable en España, salvo que los cónyuges, antes o durante el matrimonio,⁴ pacten algo diferente y salvo regímenes forales diferentes. Así, en Cataluña el régimen legal es el de **separación de bienes**, salvo que los cónyuges hayan pactado otro diferente, en el cual no se forma un patrimonio común, sino que cada cónyuge tiene su propio patrimonio producto de sus adquisiciones.

El problema de la división de bienes comunes se plantea como tal sólo en el régimen de sociedad de gananciales. En tal hipótesis, el saldo de bienes comunes existente, después de identificar el pasivo u obligaciones de carácter ganancial, se valoran y se dividen por mitad, adjudicándose en lotes, si no existe una realidad diferente dentro de las relaciones económico-matrimoniales que haga preciso un arreglo diferente, desde la percepción que las partes tienen de ellas y que se traen y se analiza en la mediación.

También puede plantearse el tema de la división patrimonial en el ámbito de la parejas de hecho que hayan formado un patrimonio común aunque no esté

³ Son bienes privativos de los cónyuges, dentro del régimen de gananciales:

- Los bienes y derechos que pertenecieran a un cónyuge al comenzar la sociedad de gananciales.
- Los que adquirieran durante la sociedad por herencia, legado o donación.
- Los adquiridos en sustitución de otros privativos.
- Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles intervivos.
- Indemnización por daños inferidos a la persona o a sus bienes privativos.
- Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.
- Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio que no sean de extraordinario valor.
- Los bienes y derechos adquiridos por derecho de retracto pertenecientes a uno solo de los cónyuges.

⁴ El artículo 1.327 CCE establece que las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio. Por tanto, pueden ser objeto de mediación conflictos para la disolución de un régimen de gananciales y configuración de un régimen de separación en matrimonios que no pretenden separarse ni divorciarse.

amparado por la normativa que rige la sociedad de gananciales.⁵ En este caso la división no puede hacerse en el Convenio Regulador, sino mediante documento notarial y los costes fiscales (impuesto de transmisiones patrimoniales, de actos jurídicos documentados, plusvalía y repercusión en el impuesto sobre la renta del año próximo) son ineludibles. Iguales consecuencias fiscales existirían en el caso de que la pareja hubiese adquirido un patrimonio en común y al producirse la ruptura decidiese su división y liquidación.

La norma general para el inventario y liquidación del patrimonio conyugal, es relacionar el activo, luego el pasivo, valorar los bienes y luego dividirlos por mitad. Pero como dijimos antes no siempre las partes tienen que regirse por esta regla. Si hay algún bien u obligación que los cónyuges entienden, desde sus circunstancias y criterios, que no es común, se tomará el acuerdo que ellos consideren más ajustado a su propia y peculiar situación. O lo equivalente respecto de los bienes propios. En cada caso se buscarán las vías jurídicas, con asesoramiento de las/os abogadas/os para realizar una liquidación que aparezca conforme con las reglas legales. Y si esto no es posible se contabilizará el costo fiscal y se incorporará como un dato más a negociar en la mediación.

En cuanto al momento de la mediación en que abordamos este tema, consideramos conveniente dejarlo para las últimas sesiones, dado que ya entonces la pareja habrá logrado resolver otras cuestiones tales como, tiempo compartido con los hijos y contribuciones a sus gastos, y será más fácilmente abordable.⁶

El análisis de los bienes que integran el patrimonio de manera general exige considerar los siguientes aspectos:

- Es líquido o no.
- Ingresos que produce.
- Posibilidad de revalorización.

⁵ Existe jurisprudencia que reconoce la existencia de una *particular comunidad de bienes* en dichas parejas, o en otros casos da derecho a una indemnización al conviviente perjudicado, independientemente de la titularidad, cuando han convivido durante un tiempo significativo y en las que ambos han contribuido a la formación de un acervo común.

⁶ La mediación para la separación o divorcio o para la ruptura de parejas de hecho, cuando existen hijos, suele durar unas 8 sesiones semanales de hora y media cada una.

- Quién ha ejercido el control sobre el bien, esto es, se ha ocupado de su gestión y administración.
- Consecuencias fiscales de la venta o de la liquidación del bien.
- Determinación del valor actual, tomando como referencia una fecha determinada.
- Objetivos de las partes respecto de los bienes.⁷

2. FINALIDAD Y UTILIZACIÓN DEL FORMULARIO

En nuestra práctica como profesionales de la mediación hemos elaborado un **Formulario para la división patrimonial**⁸ que objetiva toda la información. A cada una de las partes se le entrega un ejemplar para que lo rellenen por separado y lo entreguen con antelación a la sesión donde se va a proceder a su revisión, a fin de que la persona mediadora pueda verter los datos en el rota papel y preparar estrategias para tratar las diferencias y ganar tiempo en la sesión o sesiones correspondientes, dedicadas a la puesta en común de la información y a los sucesivos pasos de análisis de cada bien, objetivos de las partes respecto de ellos, generación de alternativas, negociación y acuerdo.

La utilización de este formulario parte del criterio de que es mucho más fácil trabajar cuando se clarifica la información, recogiendo lo más nítidamente posible la situación económico-financiera de la familia y se inicia la vía para construir criterios objetivos para la solución del problema.

El formulario es bastante detallado y abarca toda la gama de elementos que pueden constituir el activo y el pasivo de un patrimonio familiar de nivel alto. En la mayoría de los casos es posible que gran cantidad de categorías queden vacías. Dado el carácter técnico de cada uno de los conceptos es preciso asesorar y explicar previamente a las partes a qué se refieren o, si es preciso apoyarlas individualmente para que puedan cumplir con la tarea. Se solicitará, además, toda la documentación que permita verificar la información y acceder a una mejor comprensión sobre liquidez, beneficios, expectativas de ingresos, lapso de vencimiento u otros elementos de cada uno de los ítem que integran el formulario. Respecto de todos los bienes es importante acordar una fecha de referencia para su valoración.

⁷ Hemos seguido en este punto a Haynes (1993).

⁸ El formulario ha sido producido por la Asociación Interdisciplinaria Española de Estudios de Familia (AIEEF) de la que la autora es asociada e integrante de su Junta Directiva.

Igual que sucede con los formularios de gastos, el de división patrimonial y el manejo que de él tengan las partes nos da muchas pistas sobre quien ha ejercido el control del patrimonio en su totalidad o en determinadas áreas y nos indicará si las relaciones en esta materia han sido de poder o de igualdad. Por ello es posible que una de las partes o ambas en diferentes aspectos, necesiten un apoyo especial para la comprensión y manejo de alguno o algunos de sus elementos. Es preciso equilibrar a las partes y afianzar a aquélla que revele un desconocimiento de los temas implicados en esta división patrimonial.

3. REFERENCIA A CADA UNO DE LOS CONCEPTOS QUE INTEGRAN EL FORMULARIO

El formulario contiene dos secciones diferenciadas: Bienes y derechos (activo) y obligaciones (pasivo) que pasaremos a considerar a continuación.

BIENES Y DERECHOS

3.1 *Inmuebles*

En esta categoría, el principal y más común de los elementos que integran el patrimonio familiar suele ser la **vivienda familiar**, respecto de la cual es importante precisar una serie de datos: dirección; tipo de vivienda (casa, piso, apartamento); valor (catastral, valor de adquisición⁹ y valor actual respecto del cual habrá que escoger un sistema de evaluación); hipoteca (determinación de cantidades pagadas, cuándo y por quién, así como cantidades debidas, cuándo y por quién) y titularidad del inmueble.¹⁰ Aquí es preciso rastrear las aportaciones que suelen hacer los familiares de alguna de las partes y que han servido de base para la adquisición del inmueble. Suelen ser fuente de fuertes discrepancias: ¿fue un regalo o un préstamo?, ¿se realizó para una de las partes o para ambas?, ¿si fuese un préstamo implica intereses?, ¿se actualiza de acuerdo con el índice de precios al consumo, o se representa porcentualmente la aportación en el precio de compra del bien y se traslada a su valor actual? Es importante que las partes analicen estas circunstancias y determinen cuál va a ser su influencia a la hora de dividir y liquidar ese bien.

⁹ En relación al valor de adquisición hay que tener en cuenta que es frecuente que el valor que figura en el documento no sea el valor real que costó el inmueble en referencia.

¹⁰ Respecto de la vivienda y el ajuar familiar, hay que tener en cuenta que aunque hubiese sido adquirida mediante precio o contraprestación antes de comenzar la sociedad, corresponderá pro indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas (artículos 1354 y 1357 del Código Civil español).

Si la pareja tiene otros inmuebles hay que relacionar todos los datos anteriores con cada uno de los inmuebles para la identificación e información que se precisa..

3.2 CUENTAS BANCARIAS¹¹

En la actualidad se ha multiplicado el tipo de cuentas bancarias. Además de la tradicional **cuenta corriente a la vista** *mediante la cual una persona física o jurídica entrega a un banco cantidades sucesivas de dinero, comprometiéndose éste a devolver una suma equivalente a la depositada, en su totalidad o por parte cuando el cliente se lo pida, atendiendo al mismo tiempo pagos por su cuenta hasta la totalidad del saldo*, existen otros tipos de cuentas:

Cuenta de ahorro a la vista que se diferencia esencialmente de la cuenta corriente en la vista en la valoración de los intereses y en que los movimientos no se hacen a través de cheques. Su finalidad es fomentar el ahorro modesto.

Cuenta corriente de crédito: *Es un contrato mediante el cual un banco se compromete a cambio de una comisión a poner a disposición de su cliente una cantidad de dinero o límite de crédito, de la que éste irá disponiendo a medida que lo necesite, pudiendo a su vez efectuar ingresos y pagando intereses sólo por la cantidad dispuesta.* Este tipo de cuenta ha resultado desplazada por las tarjetas de crédito.

Pero, además, existen otros tipos de cuenta con la **cuenta ahorro vivienda** que tienen ventajas fiscales, la **cuenta joven**, etc. Por eso es muy importante identificar los siguientes datos: banco, número de cuenta, titular, personas autorizadas, estado actual o saldo y determinación del momento en que se va a proceder a su división, así como la consideración de algunos retiros en los momentos inmediatamente anteriores, especialmente si han sido numéricamente significativos.

Respecto de cualquier tipo de cuenta, es importante determinar el momento de corte, quién las gestionará hasta su liquidación, los retiros importantes que se hayan hecho en los momentos previos a la iniciación del procedimiento de mediación, y las sospechas de cuentas ocultas.

¹¹ Desde el punto 3.2 hasta el 3.13 hemos seguido a Uria, R:1991. Las partes que están en cursiva son citas textuales.

3.3 *DEUDA PÚBLICA, OBLIGACIONES, BONOS Y OTROS VALORES NEGOCIABLES EN MERCADOS OFICIALES*

En esta categoría se enmarcan distintos **títulos valores**: *documentos que incorporan un derecho de carácter patrimonial, literal y autónomo y cuya tenencia es absolutamente necesaria para el ejercicio del mismo*. Es importante identificar si el título es nominativo (designa una persona determinada que puede ejercer los derechos que el título incorpora); al portador (no designa a persona alguna, luego el poseedor del documento será el que pueda ejercitar el derecho o derechos que contiene); o a la orden (se emiten a favor de una persona determinada pero incluye una cláusula a la orden, según la cual la obligación contenida en el título ha de pagarse al primer tomador, o a la orden de la persona que aparezca designada como último adquirente). Esta distinción tiene mucha importancia a efectos de la transmisión del título.

La mayoría de las parejas realiza estas inversiones a través de una entidad financiera, agencia de valores, u organismo gestor del fondo. Reciben anualmente información que indica los valores de cotización por lo que pueden traer la última recibida. Interesa igualmente conocer la rentabilidad que producen.

Respecto de cada título, hay que identificar su descripción y número, su valor en bolsa y la fecha que se va a tomar como referencia y su titular o titulares.

3.4 *CERTIFICADOS DE DEPÓSITO, PAGARÉS, OBLIGACIONES Y OTROS VALORES NO NEGOCIABLES EN MERCADOS OFICIALES*

Se alude aquí a los depósitos que tienen por objeto títulos de crédito y que suelen denominarse **depósitos transmisibles de valores o depósito de efectos en custodia**. Aquí a la obligación de custodia del Banco se une la de administrar los valores depositados. El Banco queda obligado a cobrar los intereses o dividendos devengados por los títulos “en la época de su vencimiento, así como también a practicar cuantos actos sean necesarios para que los efectos depositados conserven el valor y los derechos que les correspondan con arreglo a las disposiciones legales”.

Estos depósitos de títulos se formalizan en documentos o resguardos talonarios, en los que el banco declara haber recibido en depósito constituido a favor del depositante nominalmente designado, los títulos que se especifican y detallan por su correspondiente numeración. Los resguardos de depósitos son transferibles, y la transmisión suele hacerse por medio de endoso notificado al Banco, con presentación del resguardo para su toma de razón.

Son fácilmente identificables y respecto de los mismos el Banco remite información que permite determinar su valor.

En relación al **pagaré**, *es un título en el que la persona denominada firmante se obliga a pagar a otra (tenedor), o a su orden, una determinada cantidad en una fecha y lugar también determinados*. En la actualidad el pagaré, que había perdido relevancia como instrumento del tráfico mercantil, ha recobrado nueva importancia merced al gran uso que hacen del mismo en el mercado financiero a corto y medio plazo tanto las grandes empresas como el propio Tesoro Público. Tiene analogía con la letra de cambio y gran parte de las disposiciones reguladoras de ella le son aplicables. Hay que conocer su valor, la fecha en que se hará efectivo y si se decide su endoso, si éste es posible.

Respecto de **otros valores no negociables en mercados oficiales** normalmente no han de surgir dificultades para su descripción y número, así como respecto de su titularidad. Pero puede ser más difícil la identificación de su valor en el mercado, si no existen índices que orienten al respecto. De algún modo hay que aproximarse a su valor en el tráfico mercantil solicitando, si es preciso, se solicitará el dictamen de expertos comerciales. En todo caso, estos son aspectos que se incorporan a los criterios y alternativas que han de generar las partes.

3.5 ACCIONES Y PARTICIPACIONES EN CAPITAL DE SOCIEDADES NEGOCIADAS EN MERCADOS OFICIALES Y NO OFICIALES

La **acción** *representa una parte alícuota del capital de las sociedades anónimas*. Pero aquí nos interesa, principalmente, como un “valor mobiliario negociable” en el tráfico mercantil, esto es, susceptible de negociación en Bolsa o fuera de ella. Para adquirir esa negociabilidad deben reunir las siguientes notas: a) estar representada por medio de título o de anotaciones en cuenta; b) estar agrupadas en emisiones; c) ser transmisibles de acuerdo con la técnica o los medios propios de los títulos valores o de las anotaciones en cuenta.

Las **participaciones** son como las acciones, una de las partes en que se divide el capital social, pero en las sociedades de responsabilidad limitada. La única diferencia relevante entre la acción y la participación está en que la segunda no puede ser incorporada a un título negociable. La participación es en el fondo una especie de acción no documentada. La prohibición de incorporar las participaciones a títulos negociables no impide, sin embargo, que la sociedad expida documentos no negociables acreditativos del número de

participaciones correspondientes a cada socio. Las participaciones son transmisibles a través de un sistema intermedio de circulación: a) por actos *inter vivos* como *mortis causa*; b) en principio, libremente entre socios; c) las transmisiones *inter vivos* a personas extrañas a la sociedad habrán de ajustarse a los pactos y condiciones establecidas en la escritura social o, en su defecto, a las previstas en la ley; d) en ningún caso será válido el pacto social que prohíba totalmente las transmisiones; e) toda transmisión deberá ser comunicada por escrito a la sociedad como requisito indispensable para el ejercicio de los derechos sociales por el nuevo socio.

Respecto a estos valores se les pedirá a las partes que traigan la documentación, bien se trate de títulos, certificados o escrituras en el caso de socios fundadores. En cuanto al valor, una referencia es el valor teórico contable, tal como resulte del último balance de situación de la sociedad aprobado, pero puede resultar más ajustado, aunque también más complejo, acercarnos a través del conocimiento de las propias partes o de expertos, a la valoración económica del negocio o actividad a que se dedica la sociedad, determinando los beneficios de los últimos años.

3.6 PARTICIPACIONES EN FONDOS DE INVERSIÓN

Los fondos de inversión son patrimonios pertenecientes a una pluralidad de inversores, cuyo derecho de propiedad se representa mediante un certificado de participación. Son administrados por una sociedad gestora a quien se atribuyen las facultades de dominio sin ser propietaria, con el concurso de un Depositario. Una parte es invertida en valores de renta fija y otra en negociación en Bolsa de Valores en los términos que autorice la Comisión Nacional del Mercado de Valores. También invierten en activos financieros y efectivo.

El patrimonio del Fondo está dividido en participaciones, de iguales características, que confieren a sus titulares un derecho de propiedad sobre aquél y podrán representarse en certificados nominativos, sin valor nominal en los que constará el número de lo que cada uno comprenda y cuyo reembolso puede ser solicitado en todo momento, lo que confiere una gran liquidez a este tipo de inversión. Al respecto, es necesario tener en cuenta la fiscalidad que ocasione esa operación para determinar el momento más conveniente para su realización, así como las comisiones de reembolso.

Los bancos o sociedades que gestionan los fondos emiten información periódica (normalmente cada tres meses) sobre el valor de las participaciones.

3.7 SEGUROS DE VIDA, PLANES DE JUBILACIÓN Y PLANES DE PENSIÓN

El seguro de vida es *aquel en que el asegurador, a cambio de un prima única o periódica, se obliga a satisfacer al suscriptor de la póliza, o a la persona que él designe, un capital o una renta cuando fallezca o llegue a determinada edad la persona asegurada.*

A los efectos de determinación de las características y condiciones se puede solicitar a las partes que traigan la póliza suscrita. Es importante examinar la conveniencia o no de ejercer la facultad de rescate: *derecho del contratante que se ejercita por declaración unilateral de éste, sin necesidad de consentimiento de la Compañía. Ésta está obligada a satisfacer el valor de rescate de la póliza a petición del contratante.* Igualmente hay que atender a la conveniencia de continuar con el seguro si los beneficiarios son los hijos, determinando quién cubrirá el pago de las primas.

Los **planes de pensión** *son instituciones de previsión voluntaria y libre, cuyas prestaciones de carácter privado pueden, o no, ser complemento del preceptivo sistema de la Seguridad Social obligatoria, al que en ningún caso sustituyen.* Hay que examinar en cada caso el valor de rescate, si es permitido por el plan y/o la legislación, y las condiciones de fiscalidad y comisiones para determinar la conveniencia de su ejercicio, así como la posibilidad de seguir cumpliendo con las aportaciones.

Generalmente, debería recordarse que la valoración de un plan normalmente no representa dinero inmediato disponible, sino que es una evaluación actuarial del valor de beneficio que pueda percibirse en el futuro, y que dependerá de la continuación de los pagos de las cotizaciones durante muchos años después de que se hayan separado las partes. Por tanto, esto implica que las partes negocien para llegar a un acuerdo acerca del valor del plan. También podrían optar por establecer cuál es el valor actual de los beneficios perdidos por el no beneficiario futuro en lugar de concentrarse en una valoración hipotética de lo que podría ocurrir en el futuro.

El mediador debería comprobar en nómina si hay cotizaciones de la pensión, o si aun, siendo privada, hay aportes hechos por la empresa.

3.8 VEHÍCULOS, MOTOS, EMBARCACIONES Y AERONAVES

Aquí la identificación tiene que ser muy completa: marca, matrícula, año de compra, valor de adquisición, valor actual (este tipo de bienes suele tener una depreciación rápida y alta), cantidades ya pagadas, cuándo y por quién, canti-

dades debidas: ITV, multas, impuesto de circulación, reparaciones (quién y cuándo), titular, seguro, cualquier otro dato de interés.

Para su valoración puede recurrirse a publicaciones donde cursan ofertas y demandas de este tipo de bienes para tantear el mercado, o si se trata de bienes con un valor especialmente significativo, a la valoración de expertos.

3.9 JOYAS, PIELES, ANTIGÜEDADES Y OBJETOS DE ARTE

En este concepto la pareja anota aquellos objetos que juzgan tienen un valor especial, bien sea económico, afectivo o familiar. Interesa determinar de qué tipo de bien se trata, quién y cuándo se realizó la adquisición, si hay un crédito pendiente, su valor de compra y lo que resta por pagar. Para su valoración actual podría recurrirse, como en la categoría anterior a un tanteo del mercado o solicitar la valoración de un experto. Una de las cuestiones que suele surgir es la discusión sobre el carácter de regalo de un cónyuge al otro.

3.10 INTERESES EN NEGOCIOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA: PATRIMONIO AFECTO AL NEGOCIO (LOCALES, MAQUINARIA, EQUIPAMIENTO, MERCADERÍA...)

Aquí surgen muchas dificultades, porque aunque jurídicamente no es un patrimonio separado del de las personas naturales o jurídicas titulares, hay que considerarlo como un patrimonio especial. Por otra parte, conviene recordar que de acuerdo con el artículo 1.346 del Código Civil español tienen carácter privativo de cada cónyuge los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencia de un establecimiento o explotación de carácter común. Este punto tiene que ser trabajado en la mediación para que queden claras cuáles son las percepciones de las partes sobre el carácter de estos bienes. Su valor tendrá mucho que ver con la rentabilidad que produce el negocio. Y es necesario, si ha sido el medio principal de ingresos de la familia, decidir si se va a continuar o no con la explotación y de qué forma.

3.11 DERECHOS REALES DE USO Y DISFRUTE

Son derechos reales de dominio limitado que puede constituirse por mandato legal, como es el caso del artículo 834 del Código Civil español,¹² en forma voluntaria, o bien mediante testamento, o bien por negocio *intervi-*

¹² El cónyuge que al morir su consorte concurra a la herencia con hijos o descendientes le corresponde un tercio del caudal hereditario en usufructo.

vos. O por prescripción adquisitiva, si se posee el derecho de usufructo durante los plazos marcados por la ley.

Para la valoración de estos derechos hay que calcular toda la renta que produciría el bien sometido a usufructo o lo que produciría su enajenación.

3.12 CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

Aquí hay que determinar el tipo de concesión administrativa y por cuánto tiempo fue otorgada, así como la posibilidad de su renovación y quién es su titular, especialmente si independientemente del carácter legal del bien, fue concedida en virtud de las características personales y solvencia del beneficiario/a. En cuanto al valor, hay que tener en cuenta no sólo el estimado inicial, sino la productividad que resulta de la utilización de la concesión y si es transmisible o no. Esto último es muy importante para determinar la posibilidad de liquidación.

3.13 DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

La propiedad industrial se define como *“La que adquiere por sí mismo el inventor o descubridor con la creación o descubrimiento de cualquier invento relacionado con la industria, y el productor, fabricante o comerciante con la creación o descubrimiento de cualquier invento relacionado con la industria, y el productor, fabricante o comerciante con la creación de signos especiales con los que aspira a distinguir de los similares los resultados de sus trabajos”*.

En realidad los derechos de propiedad industrial son derechos de uso o explotación exclusiva, derechos absolutos o de excusión –según lo ha dicho el Tribunal Supremo– que solamente se adquieren por virtud de inscripción en el Registro Especial de esa propiedad. Entre ellos encontramos: nombre comercial, marcas, licencias de explotación, rótulos de establecimientos, patentes de invención, modelos y dibujos industriales y artísticos, creaciones publicitarias y otros.

Algunos de estos derechos, como las creaciones publicitarias, tienen una productividad derivada de su utilización comercial. En otro su valor está ligado a la rentabilidad del negocio que identifican. Esta valoración, como en otros casos, tendrá que ser acordada por las parte a través de sus propias investigaciones o a través del recurso a expertos.

Para los **derechos de autor**, sobre otro tipo de creaciones intelectuales, también existe un registro que garantiza al creador de la obra el beneficio de su creación y la negociabilidad de la misma. Respecto a su valor hay que calcular las rentas que pueden seguir produciendo, el plazo, la negociabilidad futura y el momento de corte para una liquidación de los beneficios producidos.¹³

3.14 OTROS BIENES Y DERECHOS

Aquí nos encontramos con una especie de categoría residual que nos permite incluir todos aquellos bienes que no encajan dentro de las categorías enumeradas. Podrían entrar en ella como activo privativo de alguno de los cónyuges el crédito para él o ella (obligación el otro/a) que por cualquier causa de naturaleza personal existe entre ellos, y que permitiría cuadrar la distribución de una manera igualitaria de modo que no haya ninguna imposición fiscal. También se incluirían aquí, por ejemplo, las indemnizaciones pendientes de cobro, los salarios de tramitación por despido que aún no se hayan cobrado, o dinero en efectivo que no esté depositado en cuentas bancarias, así como los derechos a devoluciones de Hacienda. También cabría incluir aquí un bien que, en algunos casos, es el único patrimonio de la pareja: el ajuar familiar.

¿Qué pasa si hay ocultamiento de bienes?

Esta conducta constituiría una violación de la regla de buena fe básica en la mediación y suscrita en el contrato de mediación, por lo cual sería una de las causas por las cuales se puede suspender la mediación. Sin embargo, Eduardo Cárdenas aconseja hablar primero con la víctima del supuesto ocultamiento y con su abogado e indagar qué piensa ella del asunto y qué considera como más práctico ¿seguir o suspender la mediación? (Cárdenas, 1998: 160). Así se realizaría también el principio de responsabilización en base al cual se estima que las partes son las dueñas del proceso. Quedaría siempre a salvo la posibilidad de que la persona mediadora se retirara de la mediación y la continuase otro mediador/a, si estimase que los acuerdos a que se pueden llegar son contrarios a sus criterios éticos.

En cuanto al **PASIVO U OBLIGACIONES**:

3.15 PRÉSTAMOS DE ENTIDADES BANCARIAS, FINANCIERAS Y OTROS

Se considera todo tipo de préstamos hipotecarios, personales, etc. Las entidades financieras y bancos proporcionan recibos del pago amortizado, indicando

¹³ Estos bienes suelen considerarse propios en razón de su adquisición, pero sí son comunes las rentas que producen.

el capital pagado y la parte de intereses. En otro concepto incluimos también los prestamos efectuados entre los propios cónyuges y amigos o parientes, que pueden no estar documentados, pero que tiene importancia conocer. Generalmente, no generan intereses y sólo hay que devolver la cantidad recibida. Pero no siempre las partes tienen esta percepción y especialmente surgen conflictos respecto al dinero recibido como regalo de los padres de los cónyuges o de algunos de ellos como un aporte inicial para la adquisición de un piso, surgiendo interpretaciones diferentes a las que ya hicimos referencia.

3.16 OTRA DEUDAS

Se incluyen las derivadas de compras a plazo, tarjetas de crédito, letras, facturas pendientes, deudas con Hacienda, la Seguridad Social, devoluciones al Inem, etc.

En ambos casos hay que identificar el tipo de obligación, su valor, el capital pendiente, el titular y el beneficiario.

4. ANÁLISIS DE LOS BIENES Y NEGOCIACIÓN

Una vez identificados todos los bienes se pasa al análisis de cada uno de ellos considerando los aspectos más objetivos que ya hemos señalado: liquidez, rentas que produce, valor actual o incremento o revalorización que puede experimentar, consecuencias fiscales de su venta, exhibición de documentos que permitan conocer todos estos aspectos y algunos que específicamente señalamos al reseñar el inventario del activo y el pasivo.

En este análisis el/la mediador/a debe asegurarse que cada parte entiende la información. Si es preciso hay que detenerse hasta que aquel o aquella más débil en los aspectos técnico-económicos realice el aprendizaje necesario hasta alcanzar una comprensión adecuada que le permita manejar la misma información. Aquí es importante no olvidar las **cuestiones de género**: *Por ello dentro del ámbito familiar, en función de las circunstancias puntuales, queda el dinero como factor de poder muy presente. De ahí que el poseer el monopolio de la adquisición, o de la administración o por último del saber referido a él, por parte del varón, es uno de los lugares que se evidencian como más débiles para la mujer en el momento de la mediación.*

Por ello la acción a seguir no es sólo reconocer la existencia de esto para suministrar información adecuada lo que la mujer debe hacer para saber,

sino también es reconocer que la información sola no cambia la conducta de una vida ni el lugar en una cultura (Bustelo Elicabe-Urriol, 1993: 33 y 34).

Es posible que antes de entrar en el primer análisis de los bienes hayan rebrotes de la crisis de la pareja que hay que controlar, sobre todo antes de pasar a considerar los **objetivos de las partes respecto de cada tipo de bien y el tipo de vinculación sentimental que tienen con él**. Aquí se reproduce el paso genérico que hemos configurado en nuestro modelo: de las pasiones a las posiciones y de las posiciones a los intereses,¹⁴ creando el **espacio para la tarea**. No hay que olvidar, como bien lo señala Eduardo Cárdenas, *que la disputa por la división, por el uso y el reparto de los bienes es a la vez una realidad y una metáfora*. Una realidad porque hay necesidades concretas que hay que satisfacer. Pero estas necesidades hay que entenderlas en un sentido amplio, no siempre reducirlas a una dimensión económica. Además de este importante aspecto, hay que tener en cuenta otras que pueden incidir y facilitar una negociación posterior, si son claramente percibidas por las partes: seguridad, sentido de pertenencia, reconocimiento, control de la propia vida. Su combinación y el entendimiento de que una demanda aparentemente económica puede estar en relación con otro tipo de necesidad, como reconocimiento, permite ir despejando el campo y abriendo el camino al entendimiento.

Pues bien estas necesidades son realidades y, dentro de los límites objetivos de la realidad, pueden ser satisfechas en distintas combinaciones que generen la flexibilización de las posiciones, pero no olvidemos para entender el paso de las pasiones a las posiciones y para ayudar a desmontarlas que hay *una metáfora de la ubicación de cada uno dentro de la familia y de la ubicación que proyecta para el futuro (...) En otras palabras, la posición con respecto al uso y reparto de los bienes (y también con respecto a los alimentos) puede implicar una metáfora sobre un cambio de roles que permite crecer, u otra bien distinta: el divorcio no cambiará las cosas para nada, seguiremos como antes*” (Cárdenas, 1998:156) *“Trabajar en las sesiones económicas y patrimoniales significa poder deslindar el campo de lo emocional*

¹⁴ En el modelo de mediación de la AIEEF se contemplan tres fases: la de *pasiones* o emociones que las partes manifiestan al inicio de la mediación y que opacan su posibilidad de razonamiento. Frente a ellas el mediador aplica la técnica de reformulación reconociéndolas a ambas. Luego acceden a las posiciones donde hay cierta conexión con la parte cognitiva de la psiquis, pero en la que la argumentación sigue estando al servicio de la emoción y que se manifiesta en posturas rígidas que colocan la solución del problema siempre en el otro/a. Y finalmente los intereses, como motivaciones más amplias que subyacen a las posiciones y que permiten abordar la tarea de analizar los objetivos de las partes y de reconocimiento mutuo.

que tiñe el contexto, y a su través, aclarar los intereses que se esconden tras las posiciones”. (Sánchez Durán, s/f: 23). En la separación, todos los aspectos, incluidos los económicos, están teñidos por las emociones y los sentimientos. Hay una historia construida por cada familia que se remueve dentro y fuera de las sesiones. Un sentimiento de fracaso y pérdida que impregna todo el diálogo: hay que airearlo y explicitarlo para poder abrir campo a nuevos proyectos y alternativas.

Cuando los clientes llegan al entendimiento de sus necesidades y de la mejor manera para satisfacerlas en el futuro, se despegan de esos roles que los mantenían en la crisis, se abre el camino para una división satisfactoria de los bienes y se perfilan las cuestiones instrumentales que conducen a la finalidad que se han trazado: se estipula un sistema transitorio, si es preciso, sobre la administración y control de los bienes que se van a realizar; se escoge los más adecuados métodos de valoración y la fecha a tomar como referencia, se analizan todas las consecuencias fiscales, se estipulan las modalidades sobre la venta de un bien (quién se ocupa, plazo, que ocurre si no se vende, quién disfruta del bien mientras tanto) y se llega a una división total o parcial satisfactoria para ambos, siempre que como hemos señalado se dé el paso de las posiciones de los intereses

Para la identificación de los intereses Moore (1995:306), señala varias actitudes abiertas que favorecen su clarificación:

- 1.- La creencia de que todas las partes tienen intereses y necesidades que para ellos son importante y válidos;
- 2.- La creencia de que una solución del problema debe satisfacer el número máximo de intereses de cada parte;
- 3.- La creencia de que los intereses pueden canjearse para alcanzar la combinación más satisfactoria;
- 4.- La creencia de que probablemente hay más de una solución aceptable para un problema;
- 5.- La creencia de que cualquier conflicto implica intereses compatibles además de los antagónicos.¹⁵

¹⁵ Ya Fischer, Ury y Patton en su libro *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, introducen la presencia en los conflictos de intereses que las partes perciben como antagónicos, intereses comunes e intereses diferentes pero compatibles. Esto da un gran margen para la negociación.

Estas creencias ayudan a que el mediador mediante preguntas reflexivas, hipotéticas, circulares, reformulaciones mutuas y otras introduzca duda en las posiciones de las partes y las acerque a peticiones más realistas que incluyan el reconocimiento de las necesidades de la otra parte.

Luego se abre el proceso de negociación, en el que la persona mediadora va centrando los objetivos de las partes en objetivos cada vez más específicos a fin de que culminen el proceso de división patrimonial. La distribución de los bienes no tiene que ser siempre al 50/50, ni ajustarse plenamente a la conceptualización de bienes gananciales y privativos que hace la ley. La parejas, según sus propios criterios y la valoración de su historia, pueden ponerse de acuerdo en incluir en el reparto algunos bienes considerados legalmente como privativos o, por el contrario, excluir de los gananciales algunos que ellos juzgan que moralmente deberían ser propios de cualquiera de los dos. La ventaja de la mediación es que ayuda a los clientes a evaluar lo que se ajusta a su situación sin hacer demasiado caso a la normativa jurídica. Lo que es importante es que el mediador se asegure de que el cliente sabe a lo que está renunciado, de que conoce el valor del bien, y de que el otro está consciente también de todo esto para que el acuerdo no pueda ser objeto de impugnación posterior.

No en todos los casos es posible la liquidación total del patrimonio. Ello sucede, por ejemplo, cuando se le asigna un uso prolongado de la vivienda familiar al progenitor que se queda con los hijos. Si hay otros bienes la liquidación de alguno de ellos puede permitirle al otro la adquisición de una nueva vivienda. O pueden haber otras alternativas, incluida una liquidación en proporciones diferentes al 50/50, reconvertida en esta modalidad, si es posible, para evitar las consecuencias fiscales de una división diferente.

En toda esta etapa, como en general en toda la mediación, las partes pueden contar con **asesoramiento de abogados/as**. Pero es importante que con la ayuda de los mediadores lleguen a la mejor solución para ambos sin quedar restringidos por el marco legal.¹⁶ La intervención de letrados/as es útil para

¹⁶ El único límite legal sustantivo que encontramos aquí a la autonomía para acordar de las partes es la disposición que alude a que los acuerdos sean gravemente perjudiciales para un cónyuge y que leída en clave de discriminación de género apunta a la mujer. Sin embargo, no hay al respecto intervención del Ministerio Fiscal ni se ha configurado una jurisprudencia que restrinja cualquier posibilidad de división patrimonial que, en apariencia, resulte desfavorable para la mujer. Al mediador le toca asegurarse de que ambas partes han dispuesto de toda la información, han identificado sus objetivos e intereses, han reflexionado sobre todos los problemas prácticos y han adoptado un acuerdo mutuamente satisfactorio.

encajar el acuerdo de mediación en un convenio regulador que resulte armónico con la ley o que se le acerque lo más posible, reduciendo el costo fiscal para los clientes. En caso contrario, lo asumirán como un elemento más a distribuir en la negociación, tal como lo señalamos al inicio.¹⁷ Una observación general que tomamos de Eduardo Cárdenas: *el mediador tiene que trabajar con los abogados, cuando los hay. Hacerlo sin ellos o, peor aún, contra ellos, es perder el tiempo.*

¹⁷ En cuanto al sistema fiscal español, ya dijimos que si la liquidación del régimen económico matrimonial se ajusta totalmente a la ley (ambos cónyuges se adjudican por mitad el remanente del patrimonio común, después de satisfechas las deudas que fueran de cargo de éste), no lleva aparejado el pago de ningún impuesto de forma directa, en particular el impuesto de transmisiones patrimoniales, o el municipal de incremento de valor de terrenos urbanos (plusvalía), ni se considera que se haya producido ningún incremento ni disminución de patrimonio, por lo cual no tendrá relevancia respecto del impuesto sobre la renta de las personas físicas. En el supuesto de que no haya una adjudicación a cada cónyuge al 50% del remanente ganancial, sino que a uno de ellos se le adjudique, como compensación, un bien privativo del otro, esta división no se consideraría exenta del impuesto de transmisiones patrimoniales.

Comentarios sobre los aportes a las sociedades civiles

Carlos J. SARMIENTO SOSA*

SUMARIO:

Introducción

1. **Etimología.**
2. **Necesidad de aportes:** 2.1 *El perecimiento de la cosa comprometida en aporte.* 2.2 *Oportunidad de hacer los aportes.*
3. **Naturaleza de los aportes:** 3.1 *Los aportes en propiedad.* 3.2 *Los aportes en uso:* 3.2.1 Los aportes en uso de cosas no fungibles. 3.2.2 Los aportes en uso de cosas fungibles. 3.3 *Los aportes en industria.* 3.3.1 Los aportes en industria de actividades no reglamentadas legalmente. 3.3.2 Los aportes en industria de actividades profesionales legalmente reglamentadas. 3.3.3 Actividades que no necesariamente son aportes.

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado. **Universidad José María Vargas**, *Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Escuela de Derecho*, Profesor de arbitraje comercial. **Cámara de Comercio de Caracas**, *Centro de Arbitraje*. Árbitro. **Organización Mundial de la Propiedad Intelectual**. *Centro de Arbitraje*. Árbitro. **Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal**, Miembro. **Instituto Panamericano de Derecho Procesal**. Miembro. **Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal**. Miembro. **Federación Interamericana de Abogados**, Ex Presidente. Autor de distintas obras jurídicas. Ejerce la profesión en **Hoet Peláez Castillo & Duque**, Abogados.

- 3.4** *Los aportes de garantías.* **3.5** *El aporte de obligaciones negativas.*
3.6 *Los aportes prohibidos.*
- 4. Propiedad de los aportes:** **4.1** *Recepción de los aportes.* **4.2** *La propiedad de los aportes en propiedad.* **4.3** *La propiedad de los aportes en uso:* **4.3.1** *La propiedad de los aportes en uso de cosas no fungibles.* **4.3.2** *La propiedad de los aportes en uso de cosas fungibles.*
- 5. Oportunidad y formalidades de los aportes:** **5.1** *Incumplimiento de la aportación:* **5.1.1** *Cuando se trate de cantidades de dinero.* **5.1.2** *Cuando se trate de cualquier otra aportación.* **5.2** *Las formalidades de los aportes.*
- 6. Patrimonio de la sociedad:** **6.1** *El patrimonio social de las sociedades.* **6.2** *El patrimonio social de las sociedades.*
- 7. Liquidación de la sociedad:** **7.1** *Liquidación parcial de la sociedad en caso de muerte de un socio.* **7.2** *Liquidación parcial de la sociedad en caso de interdicción, insolvencia o quiebra.* **7.3** *Posibilidad de otras liquidaciones parciales de la sociedad.*

Conclusiones

INTRODUCCIÓN

En una reciente investigación, denominada “*Comentarios sobre la personalidad jurídica de la sociedad civil*”,¹ me referí a distintos aspectos de la *Societas* desde sus orígenes en el derecho romano hasta los Códigos Civil de 1942 y de Comercio de 1955 venezolanos, para concluir en que sería recomendable que una futura reforma legislativa del CC acometa la labor de regular el régimen de la sociedad civil, de manera similar a como se reglamenta la sociedad mercantil con el objeto de que se logre una mayor seguridad jurídica para las sociedades civiles y para quienes contratan con ellas.

Dentro de este orden de ideas, y con el fin de continuar con el estudio iniciado sobre el contrato de sociedad, analizaré la materia atinente a los aportes a la sociedad civil, destacando su significado etimológico con el fin de determinar claramente la necesidad de ellos para que exista la sociedad, su naturaleza y la propiedad de los aportes al momento de la constitución de la sociedad y una vez aportados.

¹ En *Temas de Derecho Civil*. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley, Tomo II, Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 14, Fernando Parra Aranguren Editor, Caracas/Venezuela/2004.

Por supuesto, en el estudio analizaré la oportunidad y formalidades de los aportes, el patrimonio de la sociedad y la liquidación total o parcial de la sociedad, además de las pertinentes conclusiones.

Como obra humana, será imperfecta. Sin embargo, la erudición de un sabio ha activado en mí el mandamiento de Couture que ordena al abogado estudiar permanentemente y ello ha guiado mi pluma en busca de la mejor presentación de ésta y de la anterior indagación. A ese jurista, que en el anonimato se magnifica en cultura e ilustración, mi más sincero reconocimiento.

1. ETIMOLOGÍA

Para el DRAE,² **aportar**, derivado del latín *apportare*, significa en el lenguaje forense llevar cada cual la parte que le corresponde a la sociedad de que es miembro, y más comúnmente llevar bienes o valores, el marido o la mujer, a la sociedad conyugal.

Por su parte, la **aportación** es la acción de aportar, cuyo significado equivalente es **aporte**, entendido como el conjunto de bienes aportados, aunque jurídicamente **aportación** y **aporte** son sinónimos y se concibe como el acto traslativo a título oneroso que se lleva a cabo entre socio y sociedad.³

El Vocabulario Jurídico,⁴ con referencia a la locución forense franca, **aporte** tiene distintos significados, donde cabe destacar, a los efectos de este estudio, los siguientes:

- El **aporte en especie** o *in natura* o *en nature*, consistente en el aporte social en inmuebles u objetos muebles, por oposición al aporte en dinero.
- El **aporte en industria** o *en industrie*, equivalentes a aportes que de su capacidad técnica hace el socio a la sociedad.
- El **aporte social**, referido a bienes que cada socio pone en la sociedad.

² Vigésima Edición, Tomo I, Madrid, 1984, p. 112. En igual sentido, R. J. Cuervo: *Diccionario de Construcción y Régimen de la Lengua Castellana*, Tomo Primero A-B, París, 1886, p. 551.

³ Messineo. *Op. Cit.*, p. 299, indica con clara precisión que el socio, a diferencia del componente de asociación, no aporta a fondo perdido, sino con el propósito de recibir una compensación, lo que explica el derecho del socio de adquirir, al practicarse la liquidación, una cuota de patrimonio social neto, tema que se tratará más adelante.

⁴ Bajo la dirección de Henry Capitant, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1966, p. 52.

Como puede observarse de las definiciones y significados anteriores, aporte y aportación, en el derecho, son sinónimos y pueden utilizarse indistintamente según lo determine la denominación que haya adoptado la legislación de cada país así como el que haya utilizado cada investigador en la doctrina, pero siempre se entenderá que aporte o aportación constituyen la acción o efecto de aportar, o sea, de dar cada socio a la sociedad la parte que le corresponde de que es miembro según lo convenido en el contrato social.

2. NECESIDAD DE APORTES

El artículo 1.649 del Código Civil venezolano (en adelante CC) expresa que la sociedad es un contrato mediante el cual dos o más personas convienen cada una en contribuir con la propiedad o el uso de las cosas o con su propia industria, para la realización de un fin económico común.⁵ En otras palabras, la sociedad es el instrumento jurídico de conjunción de medios económicos que exceden la capacidad del hombre aislado para la obtención de un fin común.⁶

⁵ Marcel Planiol y Georges Ripert. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Dixième Edition, Tome Deuxième, Librairie Générale de Droit & De Jurisprudence, Paris, 1926, p. 671. Para estos autores, la sociedad "...est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de former un fonds commun, au moyen de mises à fournir par chacune d'elles, dans la vue de partager les bénéfices qui pourront en résulter". Otra definición la traen en el derecho germano Lwdwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolf en *Tratado de Derecho Civil*, Segundo tomo, Derecho de Obligaciones, primera edición, segundo tiraje, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, p. 379, al expresar que "sociedad es el contrato por el cual varias personas se obligan recíprocamente a propulsar, mediante su cooperación, un fin común". Estos últimos hacen una interesante observación en el sentido de que la sociedad debe perseguir un fin y, además, que ese fin sea común y que sea obtenido por la cooperación de los socios. En el derecho español, Fernando Sánchez Calero, *Instituciones de Derecho Mercantil*, 10ª Edición, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1984, p. 141, hace referencia al artículo 1.665 del Código Civil que define el contrato de sociedad como aquel por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.

⁶ Aníbal Dominici. *Comentarios al Código Civil Venezolano* (reformado en 1896), Tomo IV, Reproducción Foto-offset de la Primera Edición de 1905, Ediciones J. C. V., Logos, C. A. Caracas, 1951, p. 84. Francesco Messineo. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo V, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 295. Joaquín Garrigues. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, séptima edición revisada con la colaboración de Alberto Bercovitz, Imprenta Aguirre, Madrid, MCMLXXVI, p. 306. Enneccerus, Kipp y Wolf. *Op. Cit.*, p. 380. Francisco Hung Vaillant. *Sociedades*. 5ª Edición puesta al día. Vadell Hermanos Editores, Valencia-Caracas, 1999, p. 3. Alfredo Morles Hernández. *Curso de Derecho Mercantil*. Tercera edición, tomo II, *Las sociedades mercantiles*, Universidad Católica Andrés Bello, *Manuales de Derecho*, Caracas, 1989, p. 587.

De lo anterior se determina que los elementos esenciales del contrato de sociedad son la pluralidad de contratantes,⁷ la fijación de un fin económico común –actividad continuativa–,⁸ la promesa de aportes por cada socio para desarrollar una acción común, que se materializa mediante la aportación y la administración de la sociedad pues, en caso de no disponer los socios la forma en que ha de ser llevada, el artículo 1.668 CC suple tal silencio. Por consiguiente, es de la esencia de toda sociedad que cada uno de los socios contribuya con una parte a la formación del fondo común pues sin el aporte no podrán ser considerados como tales.⁹

En esta forma toda sociedad queda diferenciada por una parte de una fundación, o sea, aquel patrimonio vinculado con una idea de utilidad general, de carácter literario, artístico o benéfico social, como indica el artículo 20 CC, que puede ser establecida por un solo aportante –el fundador– y que no puede tener fines económicos, es decir lucrativos, sino que persigue de ordinario finalidades no egoísticas y siempre no patrimoniales, de naturaleza extraeconómica;¹⁰ y por la otra de una asociación, entendida como aquella agrupación permanente de personas que ponen en común sus conocimientos, actividad y recursos y que no es principalmente patrimonial aunque produzca ventajas a los asociados estimables en dinero,¹¹ es decir, que no persiguen un fin econó-

⁷ Messineo. *Op. Cit.*, p. 296, expone que es técnicamente discutible el concepto de contrato plurilateral opinando que se trata más bien de un acto colectivo, añadiendo que las reglas sobre el contrato llamado plurilateral no cuadrarían siempre con las de la sociedad, porque, según las primeras, sería necesaria siempre la unanimidad de los participantes en el contrato, mientras que los principios que regulan el acto colectivo no exigen tal unanimidad sino que muchas reglas en materia de sociedad prescinden de la unanimidad y se conforman con la voluntad de la mayoría. No obstante este criterio, el profesor Messineo afirma que “al exponer la materia de las sociedades, supondremos, para no complicar la exposición, que la sociedad es un contrato, según la tesis tradicional”. En igual sentido se pronunció la extinta Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 03 de julio de 1983 consultada en Oscar Pierre Tapia, Vol. 7, p. 149. También Hung, *Op. Cit.*, p. 3. Cabe apuntar también que de la definición de sociedad que traen Planiol y Ripert, antes citada, se deduce su adhesión a la tesis del contrato plurilateral. Igual, Sánchez Calero, *Op. Cit.*, p. 141.

⁸ Messineo. *Op. Cit.*, p. 297, expresa que esta actividad continuativa significa que está dirigida a la obtención de una serie de “objetos sociales”, siendo, por tanto, una relación de duración, advirtiendo que “el lenguaje corriente atribuye la ‘duración’ al negocio que constituye de la sociedad, en lugar de atribuirle a la relación social”.

⁹ Planiol y Ripert. *Op. Cit.*, p. 676. A este respecto advierten los autores: “*Cette contribution s’appelle mise ou apport. Celui qui ne ferait aucun apport ne pourrait donc être considéré comme associé ; ce qui lui serait alloué à titre de bénéfices ne serait en réalité qu’une donation ou un salaire*”.

¹⁰ Messineo. *Op. Cit.*, p. 303.

¹¹ Isabel C. Medina O. *Breves consideraciones acerca del contrato de sociedad civil, con especial referencia a los aportes*. En Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley, Tomo II, ..., p. 816. Hung, *Op. Cit.*, p. 16, cita como ejemplo de actividades de las asociaciones las sociales, religiosas, culturales, deportivas, gremiales, etc., que persiguen un fin no económico.

mico común traducible en ganancias, sin que se requiera que todos y cada uno de los asociados aporten bienes, derechos o actividad a la asociación.

De lo expuesto se deduce con meridiana claridad que, de no producirse al menos una promesa de un aporte por parte de cada socio, no puede nacer la sociedad como contrato, siendo requisito fundamental para la existencia de éste y que se traduce luego en la obligación de aportación de los socios al contratar, como lo expresa el artículo 1.654 CC al disponer que el socio es deudor de la sociedad por todo cuanto ha prometido aportar.¹²

2.1 EL PERECIMIENTO DE LA COSA COMPROMETIDA EN APORTE

El aporte es tan necesario a la sociedad que el artículo 1.675 CC establece que si alguno de los socios ha prometido a la sociedad la propiedad de una cosa y ésta perece antes de ser aportada, o si la cosa prometida en uso perece, la sociedad se disuelve. Claro está, los socios podrán reconstituir la sociedad disuelta con nuevos aportes, pero esto es un nuevo contrato social, con el cual se da nacimiento a una nueva sociedad porque en ésta opera el principio denominado *numerus clausus* en el doble aspecto de que los socios son solamente aquellos que concurren a la constitución de la sociedad y el número de ellos no puede ser alterado salvo una correspondiente modificación del acto constitutivo, ya que se trata de un contrato *intuitu personae*.¹³

2.2 OPORTUNIDAD DE HACER LOS APORTES

Los aportes son solamente aquellos pactados en el momento de la contratación y que se materializan mediante la aportación, que constituye el cumplimiento de la promesa de aporte hecha por el socio en el acto constitutivo.¹⁴

¹² Planiol y Ripert. *Op. Cit.*, p. 676. Expresan los autores que “*il est l'essence de toute société que chacun des associés contribue pour une part à la formation du fonds commun*”, agregando que “*cette contribution s'appelle mise ou apport*”. Hung. *Op. Cit.*, p. 38.

¹³ Messineo. *Op. Cit.*, p. 302. Aclara el autor que el rigor del principio *numerus clausus* se atenúa en el caso de las sociedades comerciales, las cuales pueden clasificarse también según el diverso grado de posibilidad del abandono de la cualidad de socio. Marcel Planiol y Georges Ripert. *Traité Élémentaire de Droit Civil*, Dixième Edition, Tome Deuxième, Librairie Générale de Droit & De Jurisprudence, París, 1926, p. 671. Enneccerus, Kipp y Wolf. *Op. Cit.*, p. 395 adhieren al mismo criterio al afirmar que un socio no puede sin asentimiento de los demás transmitir su cuota en la sociedad a otra persona convirtiéndola así en socio pues no parece admisible que una persona extraña pueda ser subrogada en una relación que se basa en la confianza personal recíproca.

¹⁴ Messineo. *Op. Cit.*, p. 299. Planiol y Ripert. *Op. Cit.*, p. 676.

Las actividades o cantidades o bienes, e incluso permisos o autorizaciones otorgados por los socios a la sociedad después de su constitución no son aportes y los socios pueden recobrar estas inversiones de la sociedad en todo momento, salvo que medie entre la sociedad y el socio un contrato que le obligue a mantener esa situación, como lo sería un arrendamiento o un préstamo a plazo, o cualquier otra obligación sujeta a términos contractuales.

En este sentido, el artículo 1.661 CC establece expresamente que el socio que, fuera de lo prometido como aporte, invierte capitales en la sociedad o contrae obligaciones por ella, tiene acción contra los demás socios (o contra la sociedad si ésta tiene personalidad jurídica) por el monto de las cantidades invertidas, las obligaciones así asumidas y aun los riesgos corridos por cuenta de la sociedad. En ese caso, puede decirse que el socio asume el carácter de tercero y su relación no puede confundirse con la que existe entre él y la sociedad sin que por ello se produzca en absoluto incompatibilidad.¹⁵

3. NATURALEZA DE LOS APORTES

El CC clasifica la obligación de aportar según su contenido, es decir, en aportes en propiedad, aportes en uso y aportes en “industria”, así como prohíbe ciertos tipos de aportes.¹⁶

3.1 LOS APORTES EN PROPIEDAD

Los aportes en propiedad pueden versar sobre bienes materiales o inmateriales, tales como derechos y no tiene necesariamente que ser una plena propiedad. El aporte en propiedad, también ha sido conocido como aporte de un cuerpo cierto.¹⁷

En este sentido, un aporte de créditos o derechos de una patente pueden entenderse como un aporte en “propiedad”, así como derechos comuneros, y lo esencial es que el aportante sea el titular de los derechos que aporta a la sociedad.

El aporte en dinero es evidentemente un aporte en propiedad a la sociedad.

¹⁵ Messineo. *Op. Cit.*, p. 301.

¹⁶ Planiol y Ripert. *Op. Cit.*, p. 676.

¹⁷ Dominici. *Op. Cit.*, p. 94. Medina O. *Op. Cit.*, p. 824.

3.2 *LOS APORTES EN USO*

Los aportes en uso se distinguen entre los aportes en uso de cosas no fungibles, los aportes en uso de cosas fungibles y los aportes en uso de cosas destinadas a la venta.

Los aportes en uso permitidos por el artículo 1.660 CC deben considerarse como regulados supletoriamente por la reglamentación al derecho de “uso” establecido como desmembramiento de la propiedad en el CC si bien en algunos casos no podrá ser formalizado con un documento eficaz ante terceros que segmente la propiedad sobre la cosa dada en uso.

El CC es vago en cuanto a las limitaciones de uso que debe darse a la cosa aportada en propiedad o uso a la sociedad y el numeral 2 del artículo 1.668 CC, en vez de requerir el uso de las cosas sociales solamente para los fines sociales, permite a los socios otros usos de dichos bienes siempre que no sean contrarios a los fines sociales.

3.2.1 *Los aportes en uso de cosas no fungibles*

Los aportes en uso de cosas no fungibles se corresponden con aquellas cosas que consistan en cuerpos ciertos y determinados que no se consumen por su utilización.

Esos bienes quedan en propiedad del aportante, quien debe destinarlos al uso social.

3.2.2 *Los aportes en uso de cosas fungibles*

Las cosas que se consumen por su uso o que se deterioran guardándolas o se han puesto en sociedad con estimación constante de inventario, son susceptibles de aporte aun cuando la consecuencia de su uso sea su desaparición física en provecho de la sociedad o de los socios.¹⁸

Esto parece un contrasentido, pues o bien se aportaron en propiedad para ser consumidas por la sociedad, o bien permanece en la propiedad del aportante y se espera que la sociedad le reponga cosas de igual calidad y en la misma cantidad para mantener su propiedad íntegra pese al uso efectuado.

El artículo 1.660 CC considera que la sociedad corre con el riesgo de pérdida de estas cosas, lo cual trasladaría los riesgos de estas cosas del propieta-

¹⁸ Araque. *Op. Cit.*, p. 74.

rio a la sociedad. Esto tiene sentido si se considera que el aportante mantiene la propiedad, pero no puede seguir haciendo uso de ella. Aunque la facultad de uso de estas cosas supone necesariamente su desaparición, es decir incorpora también la facultad de disposición, el hecho de que se ha convenido que la propiedad permanezca en cabeza del aportante significa que al ser usadas y consumidas estas cosas aportadas, la sociedad debe reponerlas al aportante para continuar su uso. Como en el préstamo de cosas fungibles, la reposición debe ser de cosas de igual calidad y cantidad.

3.2.3 *Los aportes en uso de cosas destinadas a la venta*

Es necesario distinguir estos bienes de los anteriores, ya que no están destinados al uso de los socios. Su destino es la venta y por lo tanto el socio aportante deberá mantener su propiedad y hacer la venta de los mismos y la tradición cuando así lo dispongan los administradores sociales, o los socios si el contrato no ha nombrado tales administradores.

En este supuesto, como en el anterior, la sociedad debe reponer los bienes vendidos en igual calidad y cantidad, y dejarlos en propiedad del aportante para continuar la venta de los mismos durante la vigencia del contrato social.

3.3 *LOS APORTES EN INDUSTRIA*

Los aportes en industria, *en industrie*, o en servicio o de obra o de trabajo o en especie, como también se les denomina,¹⁹ están previstos en el artículo 1.656 CC y deben entenderse como aportación de la actividad personal intelectual o física desarrollada por alguno o algunos de los socios aportantes con el objeto de lograr el fin económico común previsto en el contrato social.²⁰ Según este concepto, y en virtud de lo dispuesto en la norma citada, el socio realiza la industria y debe a la sociedad las ganancias obtenidas por él.²¹

Quien promete su industria debe recibir de la sociedad las instalaciones, los materiales y los gastos necesarios para realizarla, a menos que haya convenido aportar igualmente estos elementos o parte de ellos. Su actividad personal en asuntos sociales será la industria que aporta y el provecho de tal actividad corresponderá por entero a la sociedad.

¹⁹ Messineo. *Op. Cit.*, p. 304.

²⁰ Medina O. *Op. Cit.*, p. 825.

²¹ Luis Alfredo Araque Benzo. *Notas sobre la Sociedad Civil y el Ejercicio bajo Contrato de Sociedad de Profesiones Liberales en el Derecho Venezolano*. En Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorronzona, Tomo I, Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 5, Fernando Parra Aranguren Editor, Caracas/Venezuela/2002, p. 19.

Es de hacer notar que el contrato social al estar considerado como *intuitu personae* somete a los socios a normas generales o laborales de desarrollo de su actividad, salvo que ellos expresamente se obliguen a cumplirlas. Esto quiere decir que el funcionamiento interno de la sociedad, aun de la Sociedad registrada, excluye toda posibilidad de subordinación de unos socios a otros en cuanto a la forma de prestar su industria en beneficio de la sociedad. Sus obligaciones ante la sociedad siempre serán medidas no por el patrón del buen padre de familia, sino *in concreto* en atención a las características e idiosincrasias personales de los socios.

Por consiguiente, este tipo de aportes escapa íntegramente de las reglamentaciones laborales, por tratarse de un trabajo asociado, en antítesis al trabajo subordinado,²² adquiriendo en el ámbito y en la disciplina de la sociedad un contorno propio, bajo el aspecto de la participación de la actividad social y en la remuneración del socio de obra.²³

²² Messineo. *Op. Cit.*, p. 304. Distinto es el caso del profesional liberal bajo contrato de trabajo en una relación societaria, pues no siendo socio, sino trabajador, está regido por las disposiciones laborales, en el caso venezolano el artículo 9 de la Ley Orgánica del Trabajo según el cual los profesionales que presten servicios mediante una relación de trabajo tendrán los derechos y obligaciones que determinen las respectivas leyes de ejercicio profesional, pero estarán amparados por la Legislación de Trabajo y de la seguridad social en todo aquello que los favorezca, siendo el caso que los honorarios correspondientes a la actividad de dichos profesionales se considerarán satisfechos por el pago de la remuneración y demás beneficios derivados de la relación de trabajo, salvo convenio expreso en contrario, como dice Mélich, *Op. Cit.*, pp. 761-762. En este supuesto se encuentran, por ejemplo, aquellos abogados que hayan sido contratados por Sociedades o sociedades bajo relación de dependencia, en cuyo caso disfrutaban de las previsiones de la legislación social sin que puedan acceder a derechos derivados directamente del ejercicio profesional, como el derecho a cobrar honorarios, salvo que se haya previsto expresamente en el contrato de trabajo. En este sentido, Araque, *Ob. Cit.*, p. 112, sostiene que si un abogado trabajador procediese a estimar honorarios a su patrono o a los terceros con quien éste haya acordado la prestación del servicio –mediante sus socios o trabajadores– tanto uno como los otros podrían oponerse a esa intimación demostrando la relación laboral. Opina también Araque que si el abogado trabajador, aun sin que exista un contrato expreso, estima honorarios profesionales a los clientes que ha atendido bajo relación de trabajo, estaría obligado a entregar tales honorarios al patrono bajo cuya relación de trabajo se prestó el servicio y eventualmente podría estar obligado a indemnizar a su patrono por los daños y perjuicios que haya sufrido como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones laborales. Disiento de este criterio porque, si en efecto hay un incumplimiento del contrato de trabajo al estimar honorarios directamente, la acción que debe cumplir el patrono es poner fin a la relación de trabajo de manera inmediata para evitar el “perdón de la falta”, pero su reclamo de indemnización de daños y perjuicios estará en relación directa con los que realmente se le hayan ocasionado, mientras que la pretensión sobre lo ganado por el trabajador en la estimación de honorarios estaría soportada en un acción civil por reintegro de sumas de dinero que le corresponderían a la sociedad por la prestación del servicio al tercero.

²³ Santoro-Passarelli. *Nozioni...*, p. 73. Mención de Messineo, *Op. Cit.*, p. 304.

3.3.1 *Los aportes en industria de actividades no reglamentadas legalmente*

Normalmente los aportes en industria serán aquellas actividades prometidas por los socios para ser realizadas y luego entregados sus resultados a otro socio, a fin de lograr su distribución a terceros o directamente frente a los terceros, en ambos casos para lograr el lucro que es el objetivo de la sociedad.

Estas actividades pueden ser un trabajo secretarial o artesanal, técnico o manual, o bien un trabajo propio de una profesión liberal.

En los primeros casos tales aportes en industria no tienen reglamentación ni limitaciones, quedando su regulación a la voluntad de las partes, dentro del margen que les permite el CC. VER

3.3.2 *Los aportes en industria de actividades profesionales legalmente reglamentadas*

A diferencia de otros países, el ejercicio de las profesiones en Venezuela, por ser una actividad eminentemente civil, y ante la ausencia de leyes expresas que lo contemplen,²⁴ se circunscribe a la sociedad civil, es decir, al contrato definido en el artículo 1649 CC. Ahora bien, al respecto hay que formular ciertas consideraciones.

Normalmente se entiende, y así lo expresan ciertas leyes de ejercicio,²⁵ que entre el profesional y el cliente existe una relación personal que no puede

²⁴ Salvo el caso de algunas profesiones como la ingeniería, la arquitectura y profesiones afines, cuya ley que las rige facilita la posibilidad de ejercicio profesional bajo formas mercantiles. Cfr: Araque, *Op. Cit.*, pp. 96-97, en Francia el régimen de las sociedades profesionales está regulado por la Ley N° 66-879 del 29 de noviembre de 1966 en la cual se establecen los requisitos, tipos de personalidad jurídica que pueden revestir, forma de administración y responsabilidades de tales sociedades y de los socios; y la Ley N° 90-1258 del 31 de diciembre de 1990, relativa al ejercicio bajo forma de sociedades, de las profesiones liberales sometidas a un estatuto legislativo o reglamentario cuyo título está protegido, la cual contempla las “sociedades de ejercicio liberal” y “el ejercicio bajo forma de sociedades en participación de las profesiones liberales. En igual sentido, José Mélich Orsini, *El Ejercicio de la Abogacía dentro de un Despacho Colectivo*, en Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona, Tomo I..., p. 765. Agrega Mélich que en Italia existe también desde 1939 una ley que regula el ejercicio en grupo de actividades profesionales; y que en España, el Estatuto General de la Abogacía del 24 de julio de 1982 ha reconocido legitimidad a los despachos colectivos que, para la época, venían funcionando.

²⁵ Ley de Ejercicio de la Contaduría Pública, Ley de Ejercicio de la Ingeniería, Arquitectura y otras Profesiones Afines, Ley de Ejercicio de la Medicina, Ley de Ejercicio de la Farmacia, Ley de Abogado, Ley de Ejercicio de la Profesión de Economista, Ley de Ejercicio de la Profesión de Licenciado en Administración, Ley de Ejercicio de la Odontología, Ley de Ejercicio del Periodismo. Para mayor información, ver: Araque, *Op. Cit.*, pp. 60-65.

ser mediada por un tercero. Esto quiere decir que la sociedad a la cual el profesional aporta su industria no es quien contrata con el cliente o paciente, ni el cliente o paciente lo es de la sociedad.²⁶

Desde el punto de vista práctico y a efectos de dejar claramente determinada la relación entre la sociedad, el socio que aporta su profesión y el tercero relacionado con éste o con la sociedad, lo que ésta puede hacer es comunicarle a los terceros que el socio profesional se encuentra disponible para su atención; brindarle los medios propios a su labor, tales como locales y equipos, y soporte de personal; servirle de cobrador y otras labores de apoyo, siempre sin interferir en la forma de prestación de los servicios profesionales, que serán siempre a criterio del profesional y quedan a su discreción y bajo su responsabilidad.

En aquellos casos de sociedades que se componen exclusivamente de profesionales liberales que ofrecen una más o menos amplia gama de servicios dentro de su actividad profesional, es posible que el cliente contrate los servicios de un socio representante, en el entendido de que el equipo completo, o la parte de él que resulte necesaria, colaborarán en su atención personal bajo la dirección y a criterio de aquél. En estos casos evidentemente el cliente o paciente es del socio representante, quien responde por su atención, y las ganancias que esto genere entran a la sociedad por cuenta de este profesional responsable, a ser repartidas conforme al contrato social.

²⁶ En el caso de los abogados, la Ley de Abogados, en el artículo 2, permite que los profesionales del derecho se asocien en despachos u organizaciones colectivas no mercantiles, pero siempre el ejercicio lo practican los abogados porque son los únicos titulados para ello, como lo sostuvo la extinta Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de noviembre de 1999 en la cual, incluso, se afirmó que el derecho al cobro de honorarios debía equipararse a los “derechos eminentemente personales como los de uso, habitación o alimentos, o los que no pueden ser objeto de venta como las esperanzas de heredar en una sucesión futura, y en general todos los que por la ley están libres de embargo y ejecución”. Sin embargo, la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 02 de noviembre de 2001, en un procedimiento de intimación de honorarios profesionales propuesto por un Escritorio Jurídico, consideró que el citado artículo de la Ley de Abogados establece condiciones estrictas para el ejercicio de la profesión de abogado y la posibilidad cierta de usar la denominación del nombre propio del abogado o los abogados que ejercen en el despacho, por lo “...la regla citada confiere legitimidad al demandante para deducir su pretensión en juicio” de Sustanciación de la Sala Políticoadministrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión del 31 de enero de 2002 ha declarado que “...la Ley de Abogados otorga a los escritorios jurídicos legitimidad para intentar acciones derivadas de las actividades que les son propias; y no –tal como lo afirman los oponentes– exclusivamente al abogado como persona natural...”, agregando que “En el presente caso se observa que el demandante en tercería es una persona jurídica...*omissis*..., asociación que en aplicación del reciente criterio de la Sala de Casación Civil, se encuentra legitimada para incorporarse a este proceso por la vía que han utilizado y así se decide”. Ver: Araque, *Op. Cit.*, pp. 98-102.

De lo anterior se evidencia que los socios industriales que atienden clientes como profesionales liberales realmente no aportan a la sociedad su industria, es decir, su trabajo directo a la sociedad, como ocurre con las labores **clericales** o artesanales, sino que lo que prometen a la sociedad es el precio de sus servicios al público, que entra en las arcas sociales. Si la sociedad y el socio aportante han convenido en que es aquella quien cobra los honorarios generados a favor de este último por el servicio prestado, sería entonces un aporte permanente de los créditos que su actividad profesional produce contra sus clientes.²⁷

Si el socio artesano o artista o consultor produce su obra con materiales de su propiedad, el caso sería similar, ya que se obligaría con la sociedad a aportar en propiedad la obra terminada y en caso de que personalmente proceda igualmente a la venta, aportaría a la sociedad el precio pagado por el cliente o el crédito contra éste por el precio, si es que la sociedad se encarga de la cobranza.

Estas observaciones las avala el artículo 1.656 CC cuando dice que los socios industriales deben a la sociedad cuanto obtengan como ganancia en el ramo que constituye el objeto de la misma.

3.3.3 *Actividades que no son aportes, salvo pacto en contrario*

Sin embargo, cualquier actividad del socio para promover o regular la actividad social no debe considerarse necesariamente un aporte. En este sentido, el artículo 1.665 CC habla de un socio encargado de la administración por el

²⁷ Mélich, *Op. Cit.*, pp. 769-775 sigue la tesis que él denomina de “las relaciones triangulares de servicios profesionales”, y al efecto cita a María Teresa Alonso Pérez, en España, con su obra *Los Contratos de Servicios de Abogados, Médicos y Arquitectos*, editorial José María Bosch, Barcelona, 1997, quien expone que así como un ingeniero puede ser un dependiente, un socio, o estar ligado por cualquier forma de contrato libremente determinado por las partes intervinientes en el mismo, para la realización de un edificio, de un puente, o de cualquier otro género de construcción; o un médico puede trabajar en un hospital o en una clínica bajo cualquiera de esos tipos de vinculaciones; asimismo puede hacerlo un abogado, sin que el tipo de contrato celebrado en el caso concreto altere sus deberes personales en tanto que profesional, dando lugar a una relación de carácter triangular que se identifica con un caso de delegación: una relación contractual entre el delegante que ordena o invita al profesional a cumplir el servicio o actividad requerida y el profesional invitado con fundamento en tal previa relación contractual; otra relación contractual entre tal delegante que ha ordenado o invitado al profesional a cumplir ese servicio o actividad y una tercera persona frente a la cual ese mismo delegante ha asumido otra relación contractual que nada tiene que hacer con la que existe entre el indicado delegante y el profesional al que ha dado tal orden o invitación; y finalmente, otra relación que, como resultado de la aceptación de la orden o invitación por parte del profesional, se obliga este último a cumplir a favor de una tercera persona con quien está obligado ya el delegante o a quien este último desea beneficiar con tal servicio o actividad que encarga al profesional de ejecutar.

contrato social y establece una noción de carga para esta actividad, diferente de la noción de aporte, así como adquirir obligaciones o correr riesgos por la sociedad sin haberlos prometido al contratar separar estas actividades de los aportes sociales.

Por consiguiente, en ausencia de disposiciones expresas del contrato social, hay ciertas actividades de administración de la sociedad y de llevar sus cuentas que son más propiamente cargas sociales que aportes de los socios que las realizan. Igual sucede con actividades sociales en las cuales los socios promueven o defienden la sociedad.

En todo caso, el contrato social puede considerar algunas o todas estas actividades como aportes en industria del socio si éste se ha obligado al momento de contratar a realizarlas con este carácter de aportes.

3.4 APORTES DE UNA GARANTÍA

El CC no menciona aportes que sean una garantía, sea personal o real, por obligaciones de la sociedad, aunque este tipo de aporte igualmente puede ser un valor que contribuya a la obtención de las ganancias comunes. Aparentemente, aunque es desusado, podría convenirse este género de aportes, ya que el CC no los impide.

3.5 APORTES DE OBLIGACIONES NEGATIVAS

Igual sería una promesa del socio de abstenerse de realizar cierta actividad o ejercer un derecho,²⁸ si ello contribuye a producir o aumentar las ganancias sociales. Y lo mismo podría decirse de aportes de ciertas actividades que no pueden ser consideradas como la “industria” del socio que las prometa, tales como residenciarse en cierto lugar y no mudarse durante la vigencia de la sociedad, o continuar ejerciendo un cargo o función contratado con un tercero.

3.6 APORTES PROHIBIDOS

Son aportes prohibidos los que comprenden todos los bienes o ganancias presentes o futuros de los socios. Esto parece deberse a que la sociedad debe expresar un fin económico común, es decir, uno o varios ramos de actividad productoras de ganancias y la ley establece que no sean todas las actividades de los socios, puesto que ello sería indeterminado. El aporte de todos los

²⁸ Enneccerus, Kipp y Wolff. *Op. Cit.*, p. 893, se refieren a los aportes de obligaciones negativas como aportes de omisiones.

bienes venideros de los socios, contradice la especificación del fin económico común. Siempre que los aportes estén determinados y restringidos a cierto número de bienes o a cierto tipo de actividad –aunque en la práctica eso represente todo el patrimonio del socio en ese momento o su expectativa inmediata de ganancias, son permitidos legalmente.

4. LA PROPIEDAD DE LOS APORTES

La propiedad de los aportes se complica por el hecho de que las sociedades civiles pueden ser un mero contrato entre partes o bien, además de ser un contrato entre partes dar nacimiento a una persona jurídica, mediante su registro en la forma como ordena el artículo 1.651 CC.

Para evitar confusiones entre ambas especies de sociedades, y dado el carácter ambiguo²⁹ del término, de ahora en adelante diferenciaré entre “Sociedad”, como aquella que tiene personalidad jurídica por haber cumplido con las formalidades legales para su registro, y “sociedad”, la que es un simple contrato entre partes que se forma por el mero consentimiento entre los socios.

4.1 RECEPCIÓN DE LOS APORTES

¿A falta de precisión del contrato, quién recibirá un aporte en propiedad o en uso en una sociedad?

En el contrato puede establecerse que uno o varios socios reciban estos aportes en su patrimonio, pero con destino a los fines sociales y para el cumplimiento del fin común.³⁰ En ausencia de toda precisión contractual, el mismo socio aportante retendría la cosa y la pondría en lugar apropiado para consumirla o disponer de ella para el beneficio de la sociedad, o para ser usada por todos los demás socios o por terceros si tal es su destino natural.

Esto deja los bienes aportados dentro del patrimonio del socio aportante o del socio receptor del aporte, según el caso, y sus acreedores tienen el derecho a cobrarse sobre ellos, que aparentemente son su prenda común. El Código Civil de 1922 preveía esta circunstancia y disponía que el contrato social podía ser inscrito en el Registro Civil para hacerlo oponible a los terceros; pero en la actualidad no hay tal norma en el CC, ya que el registro del contrato social produce el efecto de crear una personalidad jurídica para la socie-

²⁹ Araque. *Op. Cit.*, p. 74.

³⁰ Araque. *Op. Cit.*, p. 74.

dad o es totalmente ineficaz si no tiene las expresiones necesarias para crearla, como indica el artículo 1.651 CC. En consecuencia, el contrato social es una cuestión entre partes que no puede alegarse ante los terceros de conformidad con el artículo 1.166 CC.

El caso de las sociedades, resulta más simple, ya que los aportes constituyen relaciones entre el socio y la Sociedad, que tiene la representación de sus órganos.

4.2 LA PROPIEDAD DE LOS APORTES EN PROPIEDAD

Los aportes en propiedad, como actos traslativos que son, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.661 CC trasladan la propiedad a la Sociedad que se crea en el mismo contrato y lo que queda al aportante es la hacer a la Sociedad la tradición legal.

Igual sucede con los créditos y derechos.

En el caso de la sociedad, solamente ocurriría tal traslado de la propiedad cuando quien debe recibir el bien o derecho aportado es una persona diferente del aportante.

Este traslado de propiedad da derecho a la Sociedad o al socio que debe recibir el aporte a proceder a su reivindicación o la ejecución forzosa de la tradición correspondiente, aunque resulta evidente que tales acciones son sólo académicas, ya que su ejercicio produciría la terminación de la sociedad por voluntad del socio afectado.

4.3 LA PROPIEDAD DE LOS APORTES EN USO

Los aportes en uso quedan en propiedad del aportante, es decir, en cabeza del socio que aporta el uso. Sin embargo, hay que distinguir entre la propiedad de los aportes en uso de cosas no fungibles y la propiedad de los aportes en uso de cosas fungibles, como señala el artículo 1.660 CC.

4.3.1 La propiedad de los aportes en uso de cosas no fungibles

La propiedad de los aportes en uso de cosas no fungibles, es decir, de cuerpos ciertos y determinados, la norma que lo regula, contenida en el artículo 1.660 CC da a entender que quedan a riesgo de la Sociedad o de los socios, según se trate de la persona jurídica o simplemente de la sociedad, pero el aportante continúa siendo el propietario de ellas.

4.3.2 *La propiedad de los aportes en uso de cosas fungibles*

Cuando se trata del aporte en uso de bienes fungibles por su uso, o destinadas a la venta, tal propiedad desaparecería con el consumo o venta de las cosas aportadas y se trasladaría a las nuevas cosas de igual calidad y cantidad que la sociedad adquiriera para entregarlas en propiedad al socio aportante. El uso de estas cosas trae como consecuencia su desaparición física o su traspaso a terceros, siempre en provecho de la Sociedad o sociedad y en perjuicio del socio que sólo ha aportado el uso y que, por tanto, tendría derecho a que se le reponga su aporte.³¹

Esto se entiende mejor si se consideran los aportes de materias primas o de repuestos que puede hacer un socio para suministrarlas de acuerdo con las necesidades de la sociedad y que forman parte de un mayor inventario destinado también a otros fines por el socio aportante.

5. OPORTUNIDAD Y FORMALIDADES DE LOS APORTES

El CC no prevé especial oportunidad ni formalidad para los aportes, salvo que deben hacerse “oportunamente”, según el artículo 1.655 CC, lo que significa que deben hacerse en la ocasión convenida en el contrato social, o cuando sean requeridos por la actividad social.

5.1 *INCUMPLIMIENTO DE LA APORTACIÓN*

La falta de cumplimiento de la obligación de realizar efectivamente una aportación oportuna puede acarrear la responsabilidad civil del socio, lo que no impide que se resuelva el contrato.³²

5.1.1 *Cuando se trate de cantidades de dinero*

Cuando el incumplimiento de la obligación obedece a la no aportación de cantidades de dinero en violación del contrato, hace al socio responsable por los intereses de esas cantidades, como indica el artículo 1.655 CC, ante la Sociedad acreedora o ante los demás socios en las sociedades no registradas, desde el día en que debió entregarlas, porque el hecho de retener una cantidad de dinero ya implica perjuicios para la sociedad, así como desigualdad entre los socios que de una manera u otra deben aportar al acervo social.³³

³¹ Araque. *Op. Cit.*, p. 74.

³² Dominici. *Op. Cit.*, p. 91.

³³ Dominici. *Op. Cit.*, p. 90. Medina O. *Op. Cit.*, p. 826.

La ley no establece una tasa de interés especial y si los socios tampoco la han convenido en el contrato, debe aplicarse el interés legal del tres por ciento (3%), como establece el artículo 1.277 CC en conjunción con el artículo 1.746 del mismo código.³⁴

5.1.2 Cuando se trate de cualquier otra aportación

La falta de cumplimiento oportuno en la realización de cualquier otra aportación produce el mismo efecto que la falta de cumplimiento de una obligación civil, es decir, que el socio deberá resarcir a la sociedad los daños y perjuicios que le cause su incumplimiento, según lo expresa en general el artículo 1.659 CC.³⁵

Si el aporte prometido e incumplido es una obligación de hacer, la sociedad puede hacerlo cumplir por un tercero de acuerdo con el artículo 1.266 CC y en el caso de aporte de cosas u otros derechos, la sociedad podría, para continuar persiguiendo su fin económico común, decidir adquirir de algún tercero el bien o derecho prometido, por cuenta del socio que incumple, ya que esto sería el monto de los daños y perjuicios que su incumplimiento acarrearía a la sociedad.

5.2 LAS FORMALIDADES DE LOS APORTES

En cuanto a las formalidades, ellas dependerán de la naturaleza y objeto del aporte y serán básicamente las requeridas por la ley para llevar a cabo una efectiva transmisión del aporte al socio encargado de recibirlo, en el caso de las sociedades, o a la Sociedad registrada. Como se ha dicho, en el caso de sociedades en las cuales no se ha designado un socio para recibir los bienes y derechos aportados, no hay formalidad alguna que cumplir, ya que el socio aportante queda en propiedad y posesión del aporte, pero con la obligación de destinarlo a los fines sociales.

Fuera del caso anterior, los derechos registrables tales como la propiedad de inmuebles o su uso y la propiedad de muebles sometidos a registro, las patentes o marcas o su uso, las acciones, así como las garantías sobre inmuebles, deberán hacerse por inscripciones en los registros respectivos; la cesión de créditos deberá hacerse con notificación de los deudores; y las demás cosas muebles deberán ser entregadas en tradición.

³⁴ En igual sentido, Medina O., *Op. Cit.*, p. 827.

³⁵ Dominici. *Op. Cit.*, p. 89. En igual sentido, Medina O., *Op. Cit.*, p.- 824.

Las prestaciones de los socios industriales no tienen formalidades, salvo las expresadas en las reglas que rigen obligatoriamente su profesión u oficio y deben prestarse en las mejores oportunidades y circunstancias que sean asequibles al socio o aquéllas que éste haya convenido en el contrato social como modalidad de su aporte. Esto último porque el socio industrial no sólo se obliga a desarrollar su industria en beneficio de la sociedad sino también hacerlo de buena fe, es decir, en la forma como tal actividad rinde mejores ganancias, dentro de sus posibilidades y circunstancias personales.

6. EL VALOR DE LOS APORTES

El valor de los aportes puede haber sido determinado por los socios al contratar. Eso es siempre aconsejable debido a que los valores de los aportes pueden servir en la determinación de la participación de cada socio en las ganancias y pérdidas de la sociedad si ésta no ha sido precisada y tienen una función en la liquidación de las sociedades.

Los socios pueden también remitir la valoración de los aportes a un tercero, como pueden hacerlo para la determinación de su participación en las ganancias y pérdidas de conformidad con el artículo 1.663 CC, y los socios pueden determinar reglas a seguir para efectuar la valoración de los aportes cuando ésta haya de hacerse.

Cuando no esté determinado ni el valor de los aportes ni el porcentaje de los socios en la repartición de las ganancias y pérdidas, los socios deberán determinar cuál es la participación de cada cual en las ganancias y pérdidas antes de repartir las mismas, lo cual pueden igualmente lograr determinando solamente el valor de los aportes. Estas determinaciones no constituyen una nueva contratación, ya que no versan sobre los elementos esenciales del contrato y pueden dejarse para una oportunidad posterior a la contratación inicial.

Si en el contrato social no se determina el valor de los aportes, pero sí se determinan los porcentajes de participación de los socios en las ganancias y pérdidas de la sociedad, no será necesario valorar los aportes sino al momento de efectuar la liquidación. En esta oportunidad el liquidador (o el tercero nombrado por los socios) deberá tasar los aportes al valor del momento en que se prometieron en el contrato, atribuyendo a los aportes especie, que no tenían ningún valor determinable para esa fecha, un valor igual al menos valioso aporte en propiedad o en uso.

Esto último deriva del hecho de que el artículo 1.662 CC, considera este valor para los aportes en especie cuando es necesario determinar la partici-

pación en las ganancias y pérdidas sociales y no se ha asignado un valor a estos aportes, pudiendo en cambio determinarse el valor de los aportes en propiedad y en uso. Esta norma nos parece hasta cierto punto inequitativa, ya que a falta de toda otra precisión, lo normal en una sociedad debería ser una participación paritaria de los socios en las ganancias y pérdidas sociales.

Los aportes mixtos, es decir, en cualquier mezcla de los diferentes tipos de aportes tendrán que ser evaluados de acuerdo con el valor de sus componentes y el total para cada socio sea considerado el valor global de su aporte.

7. PATRIMONIO DE LAS SOCIEDADES

Por efecto de la formación de la sociedad, se interpone, entre los socios componentes y los bienes aportados, un *quid novi*, al cual éstos pertenecen jurídicamente, si bien, desde el punto de vista económico, “dueños” del patrimonio social son indudablemente los socios, o sea, que los bienes aportados por los socios dejan de pertenecer jurídicamente a éstos; se convierten en patrimonio social, o sea, en patrimonio de un sujeto autónomo (aunque virtual), no formándose comunidad de aquellos bienes entre los socios.³⁶ Esta autonomía implica la pertenencia jurídica de los bienes a la sociedad, esto es, sobre todo, en interés de los terceros-acreedores de la sociedad, cuyos derechos sobre el patrimonio social, a los fines de la satisfacción de sus derechos, prevalecen sobre los derechos de los socios y sobre los derechos de los acreedores personales de éstos.³⁷

Sin embargo, al no existir alguna forma legal de hacer oponible a los terceros el simple contrato de sociedad, como lo había en el Código Civil de 1922, los terceros tampoco pueden alegarlo frente a los socios, de acuerdo con el artículo 1.166 CC, salvo en el caso de sociedades debidamente registradas.

Los bienes en propiedad de cada socio, pero afectados a la sociedad, quedan en una situación similar a los bienes vendidos de los cuales no se ha hecho la

³⁶ Planiol y Ripert. *Op. Cit.*, p. 679. A este respecto, expresan los autores: *Dans les sociétés douées de la personnalité... (omissis)... un doute s'élève: l'active social forme le patrimoine d'une personne fictive, qui n'est pas l'associé, et celui-ci possède dans son patrimoine particulier un titre représentatif de sa part sociale, qui est pour lui un élément d'actif, dont il peut ordinairement disposer, qui sert de gage à ses créanciers et que ceux-ci peuvent saisir. Quelle est la nature de ce droit? Longtemps on l'a considéré comme une propriété d'un genre spécial, comme une variété de ce qu'on appelle les "propriétés incorporelles"*. Ennecerus, Kipp y Wolff. *Op. Cit.*, p. 389. Estos autores consideran que ese “patrimonio virtual” corresponde a los socios por cuotas si es divisible o solidariamente si no lo fuera y no se distingue de sus restantes patrimonios.

³⁷ *Cfr.*: Messineo. *Op. Cit.*, p. 300.

tradición al comprador, en la cual los socios no pueden alegar su propiedad de estos bienes ante los demás socios para fines que contradigan su aporte realizado a la sociedad, pero frente a terceros siguen siendo únicos propietarios de dichos bienes a todos los efectos legales.

7.1 EL PATRIMONIO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES

El patrimonio de las sociedades no presenta problemas en el caso de aquellas que hayan adquirido personalidad jurídica, pues entrarán en él los aportes o los créditos por los aportes prometidos, las ganancias de la sociedad, las cantidades que los socios le provean como préstamo y cuantos otros bienes, derechos y obligaciones la Sociedad adquiera con su actividad.

7.2 EL PATRIMONIO SOCIAL DE LAS SOCIEDADES

En el caso de la sociedad, o sea, aquella que no ha sido registrada y que, por tanto, no puede ser sujeto de obligaciones y derechos, puede hablarse de un *patrimonio virtual* que comprende todo aquello que los socios tienen en propiedad bajo obligación de considerarlo como perteneciente a la sociedad. Esto incluiría los créditos de algunos socios contra otros por promesas de aportes, bienes adquiridos para fines sociales y cantidades recibidas y desembolsadas por la sociedad fuera de los aportes.

Los bienes y derechos reales de este conjunto denominado *patrimonio virtual* se encontrarían normalmente en propiedad de varios socios, a menos que se hubiere nombrado a uno solo como administrador que los reciba. Los pasivos de este *patrimonio virtual* serían los créditos de unos socios contra los otros por razones sociales. Estos pasivos serían el resultado de las obligaciones asumidas y gastos efectuados por cada socio en provecho de la sociedad, que producirían a su favor acciones contra sus socios, cada uno de los cuales debería solamente la parte de dichas cantidades que sea correspondiente a su participación en las ganancias o pérdidas sociales, lo cual se desprende del artículo 1.661 CC y del hecho de que no existe solidaridad de los socios unos frente a otros ni ante terceros.

Ante los terceros, la sociedad es en ese caso solo un grupo de personas, y los créditos de los terceros por razones sociales son ante una persona determinada con la cual han contratado, que resulta ser un socio.

A este respecto, los artículos 1.671 y 1.672 CC establecen que los socios que contratan son los únicos responsables ante su co-contratante y que no hay solidaridad alguna de los demás socios en las deudas adquiridas en acti-

vidades sociales. Lo que nace en la sociedad es un crédito de este socio contratante ante sus demás socios por haber contratado dicha obligación contra su patrimonio personal. Estos créditos pueden ser considerados como el pasivo de ese patrimonio virtual, aunque en la práctica cada socio responde ante el socio contratante solamente por una parte de esta deuda contraída con terceros, en proporción a su participación en la sociedad.

Así pues, el *patrimonio virtual* de una sociedad se reduce a una serie de reclamaciones entre socios por lo prometido, lo recibido, lo gastado, los créditos y obligaciones sociales adquiridos y la ganancia que arrojaron las operaciones sociales, que tienen un carácter meramente contable entre ellos y dan como resultado deudas y créditos de cada socio frente a cada uno de los demás.

El valor de los bienes aportados a la sociedad en propiedad o en uso, a los fines de determinar su *patrimonio virtual*, no será el acordado por las partes al momento del aporte porque así como el conjunto social corre los riesgos de perecimiento y deterioro de dichos bienes, igualmente se beneficia de su aumento de valor.

8. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD

Toda liquidación es una actividad en la cual se cobran los créditos, se venden o adjudican los bienes y derechos y se cobran las deudas. Esto requiere que alguien lo efectúe, es decir, que haya uno o varios liquidadores. A falta de un convenio previo y unánime de los socios, todos ellos serán los liquidadores de la sociedad.³⁸ Como esto puede resultar muy complejo, los socios pueden por unanimidad nombrar uno o varios liquidadores; y el Juez, a requerimiento de cualquiera de los socios, nombrar un liquidador a la sociedad, todo de acuerdo con el artículo 1.682 CC.

Por consiguiente, al tenor del mismo artículo, los administradores nombrados por los socios no pueden hacer la liquidación, salvo que hayan sido autorizados previamente por todos los socios o la autoridad judicial. Por supuesto, en el contrato social bien pueden los socios determinar que la liquidación, de ser necesaria, la lleven a efecto los administradores pero con el carácter de liquidadores.

En caso de que los socios no hayan acordado otra, la normativa supletoria que señala el CC para la liquidación de sociedades es la de partición de la

³⁸ Dominici. *Op. Cit.*, p. 114. Enneccerus, Kipp y Wolf. *Op. Cit.*, p. 419.

herencia,³⁹ lo cual es bastante adaptado al hecho de que los socios no responden solidariamente por las deudas sociales⁴⁰ sino solamente por aquella parte que corresponde a su participación en las ganancias o pérdidas de la sociedad, como dice el artículo 1.672 CC.

Esta participación en las ganancias y pérdidas puede haber sido determinada por los socios en el contrato social o encomendada a un tercero en dicho contrato, como indica el artículo 1.663 CC. Si nada se ha convenido de antemano, los socios pueden ponerse de acuerdo y por unanimidad decidir cuál es la participación de cada uno en las ganancias y pérdidas en la liquidación y, a falta de tal acuerdo, rige el artículo 1.662 CC que establece que los socios participarán en las ganancias y pérdidas sociales en proporción al valor de sus aportes.⁴¹

La liquidación de las sociedades difiere de la partición de herencia en dos aspectos señalados por el artículo 1.683 CC.

En primer lugar la ley ordena que se hagan apartados por las deudas sociales no vencidas o litigiosas, lo cual no se hace en la partición de la herencia en la que cada heredero corre con su parte de dichas deudas.

³⁹ Dominici. *Op. Cit.*, p. 114. Planiol y Ripert. *Op. Cit.*, p. 683: *La société une fois dissoute, il faut la liquider et la partager. Pour ce partage, l'art. 1872 renvoie aux règles établies dans la Code à propos du partage des successions*". Enneccerus, Kipp y Wolff. *Op. Cit.*, p. 419-421. Estos autores, al referirse al derecho germano, expresan que si los socios nada han convenido en el contrato social o en acuerdo posterior, se aplican determinadas reglas para la liquidación: 1. Se han de devolver los objetos aportados para su uso; 2. Con el patrimonio, procede: a) satisfacer las deudas comunes; b) devolver las inversiones incluso las no dinerarias; 3. Si queda superávit, corresponde a los socios en proporción a su cuota en las ganancias; y 4. Si el patrimonio de la sociedad no basta para la liquidación de las deudas y restitución de las inversiones, los socios tienen que suplir el déficit en proporción a sus cuotas en las pérdidas; y si no puede obtenerse de uno de los socios la contribución que le toca, tienen que suplirla los demás en proporción a sus partes en las pérdidas.

⁴⁰ Planiol y Ripert. *Op. Cit.*, p. 681: *"Les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales. Celles-ci se divisent donc de plein droit entre eux, par parts viriles, sauf stipulation contraire"*.

⁴¹ Dominici. *Op. Cit.*, p. 97. La antigua Corte Federal y de Casación, en una sentencia del 11 de abril de 1951 dijo que *"la cuota de cada socio debe indicarse detalladamente y valuarse en el contrato social para poderse determinar cuál será el capital del ejercicio y la garantía inicial de los acreedores sociales, así como también precisar la porción de cada socio en las ganancias y en las pérdidas... (omissis) ... porque si la Ley manda que se declare específicamente cuál es el valor atribuido a cada cuota, y los beneficios y las pérdidas de los socios se deben repartir proporcionalmente al aporte de cada uno al fondo social (artículo 1662 del Código Civil), esto no deja margen para presumir la igualdad de las aportaciones de la sociedad y menos aún para deducir cuáles fueron esas aportaciones"*. En: Emilio Calvo Baca. *"Código Civil venezolano"*, comentado y concordado, Ediciones Libra C. A. Caracas, p. 1.433.

En segundo lugar, una vez cubiertas las deudas sociales, del remanente de los activos sociales cada socio recibe una parte igual al valor de su aporte y solamente después de este reembolso de los aportes, el remanente se reparte de acuerdo con la participación de cada socio en las ganancias o pérdidas sociales.

La valoración de los aportes a los fines de la liquidación no está claramente determinada en el CC. Parecería que el valor de los aportes determinado con relación al momento de su promesa en el contrato social, que la ley toma como medio supletorio de determinar la proporción de cada socio en las ganancias y pérdidas, será el mismo para los efectos de retirar los aportes en el momento de la liquidación.

Esto no parece equitativo si se considera que los aportes en especie han producido ingresos a la sociedad durante toda su vida y en muchos casos estos ingresos tendrán un valor total muy superior al valor de los aportes de bienes o en uso, pero hay que considerar que buena parte de dichos ingresos corresponderán a ganancias de la sociedad ya repartidas o a ser repartidas en el momento de la liquidación, siendo la otra parte una contribución a sufragar los gastos sociales. Correspondería en ese caso al socio industrial contratar una forma más equitativa de liquidación o de disolver la sociedad en el momento que considere que ya no le conviene continuar brindando su aporte en las condiciones originalmente convenidas, si es que la sociedad es a tiempo ilimitado. A falta de estas actuaciones, ha de entenderse que el socio acepta la valoración legal de su aporte y consiguiente participación en las ganancias y pérdidas.

Otro problema que se deriva de la norma es cuando el activo social, pagadas las deudas y hechos los apartados, no alcance para reembolsar los aportes. Si se considerase este reembolso como una deuda de la liquidación ante los aportantes, entonces los socios tendrían que contribuir a dicha deuda en proporción a su participación en las pérdidas de la sociedad, lo cual podría resultar en una situación injusta a favor de los aportantes en industria.

Para mantener la equidad, dicha norma debe ser interpretada mediante un mecanismo de una doble forma de liquidación de los activos sociales: una primera, por el valor de lo aportado y, si no alcanza, en proporción a lo aportado; y una segunda en la cual se reparte el remanente de acuerdo con la participación en las ganancias y pérdidas.

8.1 LIQUIDACIÓN PARCIAL DE LA SOCIEDAD EN CASO DE MUERTE DE UN SOCIO

El artículo 1.676 CC contempla un caso de partición parcial de la sociedad que es cuando en el contrato social se convenga que, en caso de muerte de un socio, continúe la sociedad entre los sobrevivientes.⁴²

Esta liquidación, pese a una errata en la disposición citada que incluyó un “no” ante el derecho del heredero, no podría tener como efecto la paralización de las actividades sociales mediante el pago de las deudas, la creación de apartados y el cobro de las acreencias sociales y liquidación de sus bienes, ya que la sociedad ha de continuar entre los sobrevivientes y no tiene por qué suspender sus actividades sociales porque ello atentaría contra la seguridad jurídica de los socios y de aquellos terceros que hubieran contratado con aquéllos. Parecería que lo que el CC ordena es una liquidación virtual de la sociedad, realizando los avalúos, ajustes y demostraciones contables para determinar las cantidades a pagar a los herederos del socio muerto. Todas estas operaciones serán referidas a la fecha de la muerte del socio y los socios sobrevivientes deberán entonces pagar o asumir los derechos y obligaciones del socio fallecido, nacidas durante la sociedad, salvo las referentes a sus aportes.

Como esta es una liquidación de la sociedad, aunque parcial, los herederos del socio muerto tendrían derecho a recobrar el valor íntegro los aportes de éste o su parte proporcional si los activos remanentes después de efectuada la liquidación virtual no fueren suficientes para satisfacer el valor de todos los aportes e igualmente tendrían derecho a la participación del socio muerto en las cantidades que queden después de un virtual reembolso de los aportes.

Otro problema que surge de esta liquidación parcial es que, cesando en cuanto a ella los poderes y facultades de los administradores, por disposición

⁴² Como se sabe, el artículo 1.673 CC contempla que la sociedad se extingue por la muerte del socio. A este respecto, Planiol y Ripert. *Op. Cit.*, p. 683, refieren que la disolución de la sociedad por el deceso de uno de los socios es la consecuencia del carácter primitivo que tenían las sociedades en el derecho romano: “on s’associe avec un personne que l’on connaît et non avec ses héritiers, que l’on ne connaît pas”. Esto deriva, también, del carácter *intuitu personae* de la sociedad, “mais cette règle n’a rien d’obligatoire et l’on peut convenir que la société continuera malgré la mort de l’un des associés...”; y Enneccerus, Kipp y Wolff. *Op. Cit.*, p. 415, anotan que ese motivo de disolución de la sociedad está en que el éxito de ésta depende de las cualidades personales, especialmente por la confianza que merezcan los socios, agregando “quia qui societatem contrahit certam personam sibi elegit”. Con respecto al artículo 1.676 CC, cabe traer a colación que Dominici. *Op. Cit.*, p. 112, al glosar el artículo 1.637 del CC venezolano de 1896 –de textos prácticamente iguales– sostenía que la interpretación de esta norma debe hacerse estrictamente.

expresa del artículo 1.682 CC, habría que nombrar liquidador de acuerdo con lo establecido para la liquidación de la sociedad, pero el CC no establece si los herederos del socio muerto pueden intervenir en tal nombramiento.

Ante este silencio legislativo, lo justo y equitativo es que sí puedan hacerlo, ya que lo que se liquida, aunque parcialmente, es la sociedad en la cual participaba su causante, que en todo momento tuvo en vida el derecho a participar en cualquier acuerdo para nombrar liquidador a la sociedad. Además, se trataría de la determinación de los derechos de los causahabientes y deberían ellos acordar quién debe hacer tal determinación en cumplimiento del derecho a ser oído, pues una omisión de tal naturaleza podría conducir a una indefensión de los herederos del extinto socio que pudiera resultar en beneficio de los otros socios, produciendo un enriquecimiento sin causa.⁴³

En este caso de excepción por mandato legislativo, el contrato social continúa entre los socios, como lo hacen las actividades sociales durante la liquidación parcial.

8.2 LIQUIDACIÓN PARCIAL DE LA SOCIEDAD EN CASO DE INTERDICCIÓN, INSOLVENCIA O QUIEBRA

La liquidación parcial de la sociedad en la materia que se cita no es realmente pertinente al destino de los aportes, sino más bien a la disolución de la sociedad. No obstante, unas consideraciones al respecto facilitarán aclarar el tema.

Una interpretación de la normativa del CC ha llevado a que se exponga que en Venezuela, ante la falta de prohibición, nada parece oponerse a que los socios pacten la continuación de la sociedad en caso de interdicción, insolvencia o quiebra de alguno de los socios e, incluso, en caso de revocación o renuncia de alguno de ellos, o de exclusión en la forma en que se haya convenido en el contrato social.⁴⁴

Sin embargo, y a ese respecto, el artículo 1.673 CC expresamente dispone la disolución de la sociedad en estos casos y no prevé su continuación salvo que los socios la hayan pactado en el caso de muerte de uno de ellos, lo cual es una excepción expresa del artículo 1.676 CC al principio general de la

⁴³ Planiol y Ripert. *Op. Cit.*, p. 684. Araque. *Op. Cit.*, p. 95.

⁴⁴ Araque. *Op. Cit.*, pp. 94-95. En igual sentido y en cuanto al derecho germano, Enneccerus, Kipp y Wolff. *Op. Cit.*, p. 423.

disolución de la sociedad en los casos de insolvencia, quiebra, interdicción o muerte de un socio. Hágase notar que el caso de muerte de un socio se expresa en un numeral de este artículo separado de los casos de insolvencia, interdicción y quiebra.

Según lo expuesto por la doctrina antes citada, si se puede pactar que la sociedad continúe en el caso de muerte de un socio o bien con los herederos del socio fallecido o liquidando parcialmente a ellos, igual acontecería cuando se hubiere acordado que la sociedad continuaría aun después de la interdicción, insolvencia o quiebra de un socio, o después de su renuncia voluntaria o exclusión pero, en estos últimos supuestos se produciría una partición que conduciría a una liquidación parcial de la sociedad, sin perjuicio de que los socios puedan celebrar acuerdos en el contrato social, o al momento de la exclusión, sobre las reglas que deberían regir esa partición cuando se dé alguno de esos supuestos.⁴⁵

No pareciera que esa afirmación es consistente con las regulaciones legales sobre sociedades, puesto que el CC no deja lugar a la voluntad contractual cuando dispone la disolución de la sociedad en los casos de insolvencia, interdicción o quiebra y no contempla las posibilidades de exclusión o retiro de un socio en las sociedades civiles.

En efecto, la exclusión de un socio no es una institución contemplada en la legislación civil, sino en la legislación mercantil y referida solamente a la sociedad en nombre colectivo y la sociedad en comandita, de forma tal que las causales que contempla el Código de Comercio (en adelante CdeC) para la exclusión constituyen generalmente un incumplimiento grave del socio al contrato social, lo cual normalmente se rige civilmente por el artículo 1.167 CC que permite a la contraparte o bien exigir el cumplimiento de la obligación incumplida o resolver el contrato, o sea, terminar la sociedad, existiendo en ambos casos la indemnización por los daños y perjuicios correspondientes.

Resulta evidente, por tanto, que esta institución mercantil excepcional –la exclusión de socios– no puede ser aplicada por analogía al contrato de sociedad definido en el artículo 1.649 CC, ni tampoco la disposición del artículo 338 CdeC que establece que en el caso de exclusión de un socio continúa la sociedad mercantil y que no se procede su liquidación sino a determinar las pérdidas o ganancias sociales del socio excluido hasta el día de su exclusión.

⁴⁵ Araque. *Op. Cit.*, pp. 95-96.

A mayor abundamiento, hay que insistir que el denominado retiro de un socio no está contemplado en la legislación civil, el decir, el CC, ni por la legislación mercantil, el CdeC, como una circunstancia que los socios puedan contemplar como causal de una liquidación parcial y subsistencia de la sociedad entre los demás socios.⁴⁶ En materia mercantil, no se permite al socio “retirarse”, pues solamente se consiente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 340 CdeC, la terminación de la sociedad por decisión de los socios (es decir, la mayoría de ellos), cuando en cambio, en materia civil el artículo 1.673 CC expresa que la sociedad se extingue por voluntad de uno o varios de sus socios. En uno y otro caso, la sociedad, simplemente, termina.

Si los socios han convenido que en caso de retiro de alguno de ellos continuarán en sociedad persiguiendo un fin económico común, lo que han hecho es pactar que habrán de contratar una nueva sociedad, con personas distintas (e igualmente *intuitu persone*) si la presente sociedad termina por voluntad de alguno de los socios. Esto supone una liquidación de la sociedad hasta entonces existente y la contratación de una nueva.

Con relación a la interdicción, insolvencia o quiebra de uno de los socios, lo que se está planteando en la doctrina antes aludida es la aplicación analógica de la ley mercantil a las sociedades civiles. En este sentido, hay que señalar que el artículo 340 CdeC establece las causales generales de las sociedades mercantiles con el mismo carácter imperativo y de orden público que su homólogo artículo del CC, pero no incluye en estas causales de disolución la muerte, interdicción, inhabilitación o quiebra del socio.

Solamente, el artículo 341 CdeC contempla expresamente circunstancias similares, muerte, interdicción, inhabilitación y quiebra (pero no insolvencia), como causales de disolución de las sociedades en nombre colectivo, pero agrega: “si no hay convención en contrario”, con lo cual permite a los socios de las sociedades en nombre colectivo pactar la continuación de la sociedad en estos casos.

Esta analogía no es válida porque el artículo 1.673 CC es perfectamente claro y preciso y no presenta ni ambigüedad, ni laguna, ni dificultad alguna de interpretarlo de acuerdo con su contenido por lo cual no cumple con el supuesto de hecho del artículo 4CC que fija la pauta de aplicación de la analo-

⁴⁶ Ennecerus, Kipp y Wolf. *Op. Cit.*, p. 423. En el derecho germano es materia previsible en el contrato de sociedad, en el cual se puede establecer que si un socio denuncia, fallece o cae en concurso, la sociedad continúe entre los demás.

gía en la interpretación del derecho. En los casos de quiebra, interdicción, inhabilitación, insolvencia, retiro o muerte de un socio, la sociedad queda definitivamente disuelta, salvo solamente en el caso de muerte cuando los socios han pactado la continuación de la sociedad al momento de crear el contrato social, de acuerdo con la norma excepcional del artículo 1.676 CC.

Como norma de excepción que es el artículo 1.676 CC, derogatorio del principio general contenido en el artículo 1.673 CC, no es susceptible de aplicación extensiva ni analógica, ya que en los remanentes casos no contemplados por esta norma, rige el principio general establecido en este último.

Por otra parte, en las sociedades en nombre colectivo existe siempre una personalidad jurídica de la sociedad y un negocio que seguir que cuenta con un fondo de comercio, que no es el caso de las sociedades civiles que pueden ser un mero contrato entre socios, además de una solidaridad que hace que tanto dicho fondo de comercio como sus bienes personales de los socios respondan de las deudas sociales, lo cual tampoco sucede en la sociedad civil.

Como argumentación adicional, cabe agregar que el CdeC no prevé forma alguna de compensación o devolución de los aportes en el caso de liquidación total o parcial de la sociedad en los casos de interdicción, inhabilitación, muerte o quiebra del socio, solamente hay que cortar las cuentas al tiempo de ocurrir alguna de esas circunstancias y liquidar al socio que se retira las ganancias o pérdidas habidas hasta ese momento, con lo cual no se merma el patrimonio social ante terceros. El caso de las sociedades civiles la liquidación es mas compleja, según se ha visto.

Por último, los fines civiles que persigue la sociedad civil no requieren una igual celeridad en la continuación de las actividades sociales que los negocios mercantiles, en los cuales el tiempo es considerado esencial, y los socios civiles no pueden encargarse de las deudas sociales correspondientes a un socio entredicho, inhabilitado, insolvente o quebrado, ya que no tienen solidaridad en estas deudas.

Si la ley les permite en caso de muerte, previo acuerdo en el contrato social, continuar la sociedad con los sobrevivientes, procediendo a una liquidación parcial de la sociedad, es porque tal acontecimiento no depende de la voluntad del socio ni de su culpa, sino que tal mortalidad es una característica normal de las personas naturales, que forma parte del concepto de *intuitu personae*, por lo que los socios pueden tomarla en cuenta al momento de la contratación.

8.3 POSIBILIDAD DE OTRAS LIQUIDACIONES PARCIALES DE LA SOCIEDAD

De acuerdo con lo expuesto precedentemente, todas las demás liquidaciones de la sociedad sólo pueden ser causadas por la disolución de la misma, es decir, como consecuencia de la terminación del contrato social y, por tanto, constituyen liquidaciones totales de la sociedad o sociedad.

Sin embargo, ello no impide que, luego de pagar su liquidación a los herederos del socio o al quebrado, entredicho, insolvente, o retirado, algunos o todos los restantes socios tomen la parte de los bienes sociales que les ha correspondido en la liquidación y los aporten nuevamente a una sociedad para continuar persiguiendo entre ellos el fin social de la extinta sociedad. Inclusive pueden negociar con el socio que se ha retirado el pago de una cantidad para pagarle su participación en la liquidación y mantener íntegro el patrimonio social para continuar entre ellos la persecución de un fin social idéntico o análogo por medio de una nueva sociedad. En este caso la liquidación se limitaría a determinar el valor del aporte y participación en las ganancias o pérdidas del socio que se ha ido, sin entrar a una repartición y pago de los activos sociales. Claro está, la personalidad de esta nueva persona será distinta a la personalidad de la sociedad extinta, de la cual solamente puede declararse sucesora por haber recibido su patrimonio en aporte.

CONCLUSIONES

En anterior oportunidad⁴⁷ expresé que el legislador del CC, pese a sus buenas intenciones, se quedó corto en su deseo de dotar a la sociedad civil de una personalidad jurídica funcional mediante el registro del contrato social en el registro civil.

Esa afirmación se confirma con el análisis de la aportación a las sociedades civiles que se hace en los presentes comentarios pues, siendo el aporte uno de los elementos fundamentales del contrato de sociedad, pues sin que los socios lleven a cabo los aportes no es posible que se cumpla el fin económico común propuesto, es evidente que la imprecisión legislativa existente, y que salta a la vista con la investigación que precede, debe corregirse en una futura reforma de las disposiciones relativas a la sociedad, a fin de aclarar las dudas planteadas y hacer una mejor diferenciación entre sociedades meramen-

⁴⁷ Ver nota 1.

te contractuales y sociedades con personalidad jurídica que permita una más fácil interpretación de las normas que las rigen, en aras de la seguridad jurídica de los propios socios y de los terceros que contraten con aquellos o con la sociedad, si ésta hubiere sido registrada.

Por otra parte, una clarificación de conceptos sería conveniente para que quede perfectamente delimitado el contrato de sociedad, con personalidad jurídica o sin ella, regido por el CC, y las sociedades tuteladas por el CdeC.

Algunas consideraciones en torno al consentimiento informado —Derecho argentino—

Silvia Y. TANZI*
Juan María PAPILLÚ**

SUMARIO:

- 1. Definición.**
- 2. Derecho a la información.**
- 3. Principales antecedentes en el Derecho Comparado.**
- 4. Marco normativo argentino.**
- 5. Omisión del consentimiento informado.**
- 6. Consentimiento de los incapaces.**
- 7. Prueba del consentimiento informado.**

Conclusión

* **Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales y Universidad Nacional de la Patagonia** (Argentina), Profesora Titular. **Universidad de Santiago del Estero** (Argentina), Profesora Asociada. **Museo Social Argentino**, Profesora Adjunta. **Universidad de Belgrano** (Argentina), Profesora Invitada. **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “F”**, Oficial Mayor. Dirección electrónica: silviantanzi@yahoo.com.ar
** **Universidad de Buenos Aires**, Abogado y Procurador, Ayudante de Cátedra. Autor de numerosas publicaciones.

En los últimos tiempos la Medicina ha experimentado una evolución muy significativa. Se abandona el paternalismo médico en virtud del cual quien ostenta el conocimiento y por ende conoce lo mejor para el paciente es el galeno, para adoptar otra postura en la cual se tiene en cuenta la autonomía de quien ha de someterse a los diferentes estudios y tratamientos. Se pone de resalto la autonomía de la persona y el derecho a la autodeterminación en las cuestiones vinculadas a la salud. Existe una vinculación ostensible entre el consentimiento informado y el principio bioético de la autonomía.¹

El paciente tiene derecho a conocer a qué riesgos se expone desde el comienzo mismo de la relación médica. El deber de informar al paciente, y el respeto a su libertad de elegir a qué riesgos se somete debe teñir toda la relación médico-paciente, desde que comienzan los exámenes, la etapa de diagnóstico y el tratamiento.

El médico, en principio, no puede realizar examen o tratamiento médico alguno sin antes recabar el consentimiento del paciente,² siempre que éste sea mayor de edad y no esté privado de la razón,³ pues en ese caso el profesional deberá obtenerlo de los representantes legales del paciente.

1. DEFINICIÓN

Se define al consentimiento informado como “una declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, éste decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención”.⁴

El consentimiento informado comprende dos aspectos y la doctrina impone al profesional dos deberes:

- 1.- Que el médico obtenga el consentimiento del paciente antes de llevar a cabo un tratamiento,

¹ Rabinovich-Berkman, Ricardo D., *Responsabilidad del médico*, Astrea, Bs. As., 1999, p. 44.

² Bueres, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, 2ª edición, 1ª reimpresión, t. I, Hammurabi, Bs. As., 1994, p. 201.

³ Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, octava edición, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1993, p. 505.

⁴ Highton, Elena I - Wierzbza, Sandra M., *La relación médico-paciente: El consentimiento informado*. Primera edición, Ad-Hoc, Bs. As., 1991, p. 12.

2.- Que el médico revele adecuada información al paciente de manera tal que le permita a éste participar inteligentemente en la toma de una decisión acerca del tratamiento propuesto.⁵

En realidad, como señala Bustamante Alsina, lo primero que debe realizar el médico es informar de manera adecuada para luego obtener el consentimiento.⁶

La edición de 1984 del Manual de Ética del Colegio de Medicina Americano define el consentimiento informado de la siguiente manera: “Es la explicación a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como el balance de los efectos de la misma y el riesgo de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información debe ser comprensible y no sesgada. La colaboración del paciente debe ser conseguida sin coacción y el médico no debe sacar partido de su potencial dominio psicológico sobre el paciente”.

2. DERECHO A LA INFORMACIÓN

De las definiciones de consentimiento informado se desprende su íntima vinculación con el derecho que tiene el paciente a recibir información en lo vinculado a su salud. Este derecho tiene expresión normativa en el artículo 42 de la Constitución Nacional Argentina cuando se refiere a “...una información adecuada y veraz...”.

El consentimiento informado se vincula con una decisión del paciente en cuestiones atinentes a su salud, que se funda en la información que previamente recibió. Lo que es importante a fin de tomar una decisión en lo que atañe a su propio cuerpo. La recepción de la información será un presupuesto necesario para que el asistido pueda elegir y decidir inteligentemente. Es decir, el paciente debe contar con lo necesario para evaluar los riesgos y beneficios que lleva aparejado el examen o tratamiento.

También tiene derecho a recibir información de manera tal que pueda tomar una decisión consciente de los riesgos a los que se expone, en caso se someterse a determinado estudio o tratamiento porque la realización conlleva la posibilidad de que se produzcan perjuicios en su integridad física, aun en los

⁵ Highton- Wierzba, *Ob. Cit.*, p. 12; CNCiv., Sala F, 05/02/1998. *M. A. N. c. Fernández, Elsa S.*, LL 1998-E-96.

⁶ Bustamante Alsina, Jorge, *Responsabilidad profesional de los odontólogos*, LL 1998-E-94.

casos donde no media una conducta negligente o culposa del galeno. Por ello, quien se somete a determinada práctica médica, o en su caso su representante legal, tiene derecho a conocer los riesgos que corre, las posibles complicaciones y efectos colaterales.⁷ También se debe informar sobre las terapias alternativas y peligros de no someterse al estudio o tratamiento sugerido.⁸ Sin embargo, no se trata sólo de brindar información a fin de cubrir aspectos formales del tratamiento médico, sino de que el paciente llegue a comprenderla. La explicación de los riesgos y beneficios que implica el estudio o tratamiento debe ser clara, despojada de tecnicismos que representen obstáculos en la comprensión por parte de los pacientes.⁹ La información debe adaptarse a las posibilidades de comprensión del asistido.¹⁰ Nos preguntamos ¿de qué le sirve a un paciente recibir información si no la comprende? Muchas veces los pacientes no comprenden la información que reciben y por ello, es necesario que el médico o quien tenga a su cargo se la brinde en interacción con el paciente a fin asegurarse que la haya comprendido. No se trata de transformar al paciente en un experto de la medicina, sino sólo de darle los elementos necesarios para tomar una decisión que amalgame los adelantos de la ciencia y el proyecto vital de la persona.¹¹ Sólo de esa manera se respeta la autonomía del paciente y su derecho a la autodeterminación. Así, el paciente podrá “autogobernarse en lugar de ser gobernado por otros”.¹² Insistimos en que la información debe ser clara, detallada, entendible.

La ley argentina N° 24.193, explica con precisión la forma en que se debe dar cumplimiento a este deber de informar. Si bien esta norma sólo se refiere a intervenciones específicas, creemos que sus pautas deben ser tenidas en cuenta en todo tipo de tratamiento y durante todas sus etapas. Lo anterior, en razón de que lo fundamental es el daño que puede sufrir la integridad física del paciente. Si una persona sufre una minoración o incapacidad le será indiferente que el perjuicio provenga de una u otra operación, tratamiento o estudio. Lo que le interesa es que sufrió un daño, propio de los riesgos que conlleva el procedimiento al que se sometió, y que su voluntad no fue rele-

⁷ Tallone, Federico C. *Responsabilidad médica por ausencia de consentimiento informado*, LLC 2003 (junio), 531.

⁸ Meyers, *The human body and the law*, citado por Rabinovich-Berkman, *Ob. Cit.*, p. 47.

⁹ Conf. Tallone, *Ob. Cit.*

¹⁰ Bueres, *Ob. Cit.*, p. 204.

¹¹ Galván Cortez, Julio César, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Colex, Madrid, 1997, p. 162, citado por Tallone, *Ob. Cit.*

¹² Brazier, Margaret, *Medicine, patients and the law*, Harmondsworth, Penguin, 1992, p. 73, citado por Rabinovich-Berkman, *Ob. Cit.*, p. 44.

vante al momento de decidir la procedencia del estudio, tratamiento o intervención que le causó el daño. En definitiva quien deberá soportar las consecuencias perjudiciales es el paciente y es su proyecto de vida el que corre peligro de verse frustrado.

Deberá tenerse en cuenta que no es igual informar a una persona con alto grado de calificación intelectual que a otra con bajo nivel de instrucción. Tampoco si un paciente se encuentra en una situación terminal que otro que hace un estudio por simple rutina. Una persona con personalidad de base depresiva o que ha tenido malas experiencias con otros exámenes médicos, es diferente a la optimista o a la que suele realizar estudios de manera preventiva y nunca ha tenido complicaciones.

La jurisprudencia argentina ha dicho que “El médico tiene el deber de suministrar información acorde con la capacidad de comprensión del paciente para que preste su consentimiento en la realización de una intervención quirúrgica”.¹³

Se trata de educar y no de confundir al paciente.¹⁴

El paciente podrá requerir cuanta información considere necesaria antes de tomar una decisión. Pero esto no debe quedar en una mera declaración, sino que deben instrumentarse los medios para hacerlo efectivo. Quien conoce los estudios a los que se somete, el diagnóstico y el tratamiento indicado, y se siente parte de la decisión tomada, se muestra más dispuesto a colaborar que aquellos pacientes que asumen un papel pasivo.¹⁵

Albanese plantea que “Todo paciente debe recibir en el momento de su internación hospitalaria o al comienzo del tratamiento, una información escrita de sus derechos y de los medios con los que cuenta para hacerlos efectivos”.¹⁶ Lorenzetti critica esta afirmación diciendo que si bien sería deseable reconocer esos derechos no se advierte el fundamento legal de los mismos para exigir la forma escrita cuando la ley sólo lo exige para supuestos de excepción.¹⁷ Además la forma escrita no asegura que el paciente haya comprendido, y lo fundamental es que, más allá de la forma utilizada, la persona cuente con los elementos necesarios para decidir acerca de su vida.

¹³ Juz Crim y Correc N° 3 Mar del Plata, 18/09/1995, “P., A. F.”, LL 1997-F-602.

¹⁴ Highton - Wierzbza, *Ob. Cit.*, p. 52.

¹⁵ Lorenzetti, Ricardo, *Responsabilidad Civil de los médicos*, Rubinzal - Culzoni, t. I, p. 189.

¹⁶ Albanese, Susana. *Casos médicos*. La Rocca, Buenos Aires, 1994. p. 56. Citado por Lorenzetti, Ricardo *Ob. Cit.*, p. 207.

¹⁷ Lorenzetti, *Ob. Cit.*, p. 207.

La obtención del consentimiento informado no debe transformarse en un mero trámite burocrático de rutina consistente en la firma de un formulario, a fin de proteger al médico de eventuales procesos por mala praxis. Debe erigirse en un instrumento para que el paciente sea dueño de su propio destino.¹⁸ Es necesario que exista interacción entre las partes de la relación medical para llegar a prescribir lo mejor para el paciente. Así, se tendrá en cuenta el conocimiento científico del profesional y las necesidades de la persona.

Este derecho a la información reconoce, según Lorenzetti, los siguientes fundamentos:

- a) Constitucionales: tiene su fundamento en el respeto de la libertad, puesto que no puede avasallarse la libertad de otro sin su consentimiento.
- b) Dogmáticos: El contrato es un acto jurídico y por ende debe ser voluntario. Para que exista voluntariedad debe existir discernimiento, intención y libertad. La existencia de un desnivel informativo afecta los tres elementos. También puede encontrarse un fundamento dogmático en la exigencia de la buena fe, y en los deberes secundarios de conducta que son un precipitado de la misma y entre los que se encuentra el deber de informar.
- c) Legales: Entre ellos se encuentra el derecho a la información en las relaciones de consumo y su consiguiente aplicación en las ofertas dirigidas al público indeterminado a través de la publicidad, de conformidad con la ley argentina 24.240 (referida a los derechos del consumidor) que requiere de la información adecuada.¹⁹

Como correlato de este derecho subjetivo que tiene el paciente de contar con la información necesaria para tomar la mejor decisión, encontramos el deber que tiene el médico de informar. El médico es el experto en la relación, quien tiene el conocimiento técnico, y por ello pesa sobre él el deber de informar. Se ha señalado que desde el punto de vista económico es eficiente cargar al experto con el deber de informar.²⁰ La omisión del consenti-

¹⁸ Tallone, *Ob. Cit.*

¹⁹ Lorenzetti, *Ob. Cit.*, p. 203.

²⁰ Lorenzetti, Ricardo. *El deber de información y su influencia en las relaciones jurídicas*, LL 1990-B-996.

miento informado puede generar la responsabilidad civil, más allá de la actuación diligente del galeno.

Es interesante citar un caso de la jurisprudencia argentina donde la actuación médica fue diligente; sin embargo se responsabilizó al ente sanatorial por la ausencia de consentimiento informado. El hospital donde se atendía el actor no tenía organizado un sistema que permitiera, previo a la realización del estudio, obtener el consentimiento informado del paciente. El actor padecía una enfermedad arterial, por lo cual era necesario la realización de una panarteriografía. El estudio fue practicado en el mismo hospital donde se atendía el actor. La arteriografía cerebral, según lo informado por los peritos, presenta un riesgo del 0,5 % de dejar serias secuelas incapacitantes, pudiendo llegar inclusive a la muerte del paciente. Los riesgos anteriores podían concretarse más allá de que el equipo médico ponga la mayor de las diligencias. En ese caso, la negligencia médica hubiera sido no ordenar el estudio. El Tribunal se pregunta si el paciente fue informado del riesgo que corría al realizarse el estudio, y dice: “No cabe duda de que el servicio de cardiología o el de hemodinamia debían advertir de ese riesgo al paciente, y la prueba de que el aviso fue practicado incumbía al hospital”. Se conculcó el derecho del paciente a elegir si se sometía a un estudio, que teniendo en cuenta sus antecedentes, traía aparejado un riesgo para su salud. Los médicos eligieron por él. Así puesto que algún médico tenía el deber de informar y ninguno lo hizo, el hospital debe responder.²¹

Más allá de que la ley no impone en estos casos el deber de obtener un consentimiento por escrito, no podemos desconocer el derecho que tiene el paciente a recibir información y participar de las decisiones atinentes a su salud.

Nótese que la probabilidad de riesgo era sumamente baja (0,5%), no obstante el Tribunal entendió que el paciente tenía derecho a conocerlo, a recibir información para luego decidir.

Como señala Bustamante Alsina, mediando consentimiento informado el paciente asume el riesgo por las consecuencias normalmente desfavorables de la práctica médica consentida, sin generar responsabilidad para el profesional, toda vez que aquel conocía la posibilidad de ocurrencia y éste no incurrió en mala praxis.²²

²¹ Cám. Nac. de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala I, 1993/12/28 P, R. H. v *Estado Nacional (Ministerio de Defensa, Ejército Argentino s/ Responsabilidad médica)*. E.D. 160-97. Citado por Vázquez Ferreyra, Roberto. *El consentimiento informado en la práctica médica*. J.A. 2001-III-1085.

²² Bustamante Alsina, Jorge, *Responsabilidad profesional de los odontólogos*, LL 1998-E-94.

La jurisprudencia argentina tiene dicho que “Si bien la responsabilidad del médico por los daños sufridos por el paciente durante el curso de tratamientos médicos se basa en el fracaso de aquél en el ejercicio del grado de habilidad y cuidado requeridos, bajo la doctrina del consentimiento informado puede cuestionarse al facultativo que, libre de negligencia en dicho tratamiento, actuó sin el consentimiento del paciente, o más allá del dador, o sin haberle informado los riesgos de un determinado tratamiento”.²³

Está en juego el respeto a la dignidad de la persona. Por ello se debe generar un espacio para hacer efectivo el derecho del paciente a recibir información, y en el cual el médico pueda dar adecuado cumplimiento a este deber de informar; sea que la información provenga del médico que se hace cargo del tratamiento o de algún comité especialmente creado a tal fin.²⁴

En los casos en los que hay distintas alternativas para realizar el tratamiento se debe informar al paciente de estas distintas posibilidades. Luego se debe escuchar al paciente. Como señala Lorenzetti “El médico sabe de enfermedad, el paciente sabe de sus necesidades”.²⁵

No obstante, hay quienes se preguntan hasta qué punto es conveniente que el paciente conozca toda la verdad,²⁶ máxime si los riesgos son insignificantes y de escasa ocurrencia. Vázquez Ferreyra cita a Castaño de Restrepo quien señala que estos riesgos no son necesarios de ser informados.²⁷

Más aun, qué sucede si el paciente específicamente le indica al médico que no desea conocer los riesgos propios del estudio o tratamiento al cual se somete. Vázquez Ferreyra entiende que se trata de un supuesto en el cual el médico está eximido de obtener el consentimiento informado.²⁸ En este caso ¿se puede obligar al paciente, consciente del alcance de su decisión, a que decida sobre un tema respecto del cual ha decidido delegar la decisión en quien él confía? Creemos que la respuesta debe ser negativa. El derecho a la libertad implica la posibilidad de informarse como también la de rechazar la información. Desde

²³ CNCiv., Sala F, 05/02/1998. *M.A.N. c. Fernández, Elsa S.*, LL 1998-E-96.

²⁴ En igual sentido, Lorenzetti, *Ob. Cit.*, t. I. p. 190.

²⁵ Lorenzetti, *Ob. Cit.*, Tomo I. p. 191.

²⁶ Lorenzetti, *Ob. Cit.*, Tomo I. p. 189.

²⁷ Castaño de Restrepo, María P. *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*, 1997, Temis, Bogotá, p. 195 y ss. Citado por Vázquez Ferreyra en *El consentimiento informado en la práctica médica*. J.A. 2001-III-1085.

²⁸ Vázquez Ferreyra, *Ob. Cit.*

ya, el paciente que rechaza la información, puede revocar su decisión y en ese caso podrá requerir que sea informado para luego decidir.

Se ha sostenido que “La sola gravedad del pronóstico no es suficiente por sí sola para ocultar al paciente la verdad. Es él, en definitiva, el único juez de sus intereses, quien debe valorar los riesgos y las ventajas y es él quien experimentará los dolores, los sufrimientos y la inmovilidad”. La liberación se puede dar en función de la debilidad psíquica, edad y sexo del paciente.²⁹

Bueres explica las dificultades ante las que se puede encontrar el profesional de la salud cuando el diagnóstico es grave. En esas circunstancias hay quienes optan por no revelar al paciente su verdadero estado, por lo que recurren a sus familiares. Pero al requerir a éstos el consentimiento informado, lo podrían negar. La situación deviene más compleja cuando, no obstante la gravedad del diagnóstico, existen probabilidades ciertas de éxito. Aquí se produce el dilema y el médico debe optar entre aceptar la decisión del representante y no proceder, o revelar al paciente su estado y reclamarle que se pronuncie sobre el tratamiento o la intervención. El autor entiende que no existe una respuesta uniforme. El médico deberá evaluar las particularidades de cada caso.³⁰

3. PRINCIPALES ANTECEDENTES EN EL DERECHO COMPARADO

El leading case en esta materia fue “Schloendorff v. Society of New York Hospital” dictado en 1914 por la Corte de Apelaciones de Nueva York. Se estableció que todo ser humano adulto y sano mentalmente, tiene derecho a determinar qué es lo que se hará con su propio cuerpo, debiendo responsabilizarse al cirujano que practique una operación sin el consentimiento de su paciente. En este caso se hacía alusión al mero asentimiento del paciente.³¹

En la década del 50 se perfiló un cambio fundamental en el caso “Salgo v. Stanford University Board of Trustees” (1957). Se señaló como deber médico la revelación completa de la información para que el paciente decida inteligentemente y es el primer caso en el que se menciona el término “consentimiento informado”.³²

²⁹ Tobías, José W. *El consentimiento del paciente en el acto médico*. E. D. 93-803.

³⁰ Bueres, *Ob. Cit.*, p. 205.

³¹ Vázquez Ferreyra, *Ob. Cit.*

³² Giannaccari de Mathus, Liliana C. *Hacia una nueva relación médico paciente*. J. A. 1999-IV-902.

Sin embargo, la jurisprudencia no era uniforme en cuanto al tema y se llegó a responsabilizar al médico por haber dado información. En 1958, una Corte imputó responsabilidad a un médico como causante de la angustia mental de una paciente por haberle dado información sobre su estado de salud y el consiguiente tratamiento ¡qué era el adecuado!³³

En 1960 en el caso “Natanson. Kline” se condenó a un radiólogo por el modo de efectuar la práctica sin informar la naturaleza del tratamiento y las posibles complicaciones, aunque el paciente hubiera dado el consentimiento. Se entendió que no obtener el consentimiento informado, además de representar una violación a ese deber si se produce algún daño al paciente por riesgo no revelado, tiñe de negligencia a la práctica médica.³⁴

En el caso “Cobbs v. Grant” (1972) se produjo una ampliación del concepto ya que se entendió que el médico debe informar al paciente acerca de la totalidad de las probables consecuencias del tratamiento sugerido, y no sólo los riesgos.³⁵

Dos años más tarde, en el caso “Helling v. Carey” se sostuvo que, aun cuando la presencia de una enfermedad oftálmica en personas jóvenes era muy rara, ello no era motivo para no informar.³⁶

En “Nancy Cruzan”, un precedente más reciente, la Corte Suprema Federal reivindicó la doctrina del consentimiento informado y el derecho a rehusar un tratamiento médico.³⁷

El Máximo Tribunal de Canadá por su parte, se expidió sobre el tema en el caso “Reibl v. Hughes” (1980). Se reconoció el derecho del paciente a saber qué riesgos corre al someterse, o dejar de hacerlo, a una determinada cirugía u otro tratamiento.³⁸

En este sentido, la Corte de Apelación de Rouen en sentencia de 1993 condenó a un cirujano estético que facilitó información insuficiente sobre los riesgos y

³³ Highton, Wierzba, *Ob. Cit.*, p. 27.

³⁴ Giannaccari de Mathus, *Ob. Cit.*, J.A. 1999-IV-902.

³⁵ Rabinovich-Berkman, *Ob. Cit.*, p. 44.

³⁶ Rabinovich-Berkman, *Ob. Cit.*, p. 45.

³⁷ Hooft, Pedro. *Bioética y Derechos Humanos, temas y casos*, Depalma, Bs. As., 1999, p. 103 Para un análisis más detallado del caso ver E.D 149-947 donde el mismo autor realiza un estudio más profundo del caso.

³⁸ Rabinovich-Berkman, *Ob. Cit.*, p. 46.

secuelas de una tercera intervención estética. Un cirujano que no ha cometido ninguna falla personal, puede, sin embargo, incurrir en responsabilidad profesional por haber faltado a su deber de información al paciente.³⁹

En igual sentido la Corte de Casación Civil de Italia Sección III, en la causa “Finocchiaro, Clelia” de fecha 06 de octubre de 1997, expresó:

Consistiendo la intervención quirúrgica a la que fue sometida la actora, en la extracción de una masa adiposa de aproximadamente cinco kilogramos y habiéndose verificado que la operación fue practicada con esmero, las importantes e inevitables cicatrices que quedaron en el cuerpo de la paciente evidencian un daño resarcible, si no se le informó previamente acerca de ellas. Ello, en tanto la violación del deber de información califica como daño a la integridad física a las consecuencias aun inevitables de la operación.⁴⁰

En el plano normativo, España mediante la Ley General de Sanidad 14/1986 y Francia en virtud de la Ley 94-653 promulgada en 1994 incorporaron el consentimiento informado a sus normativas respectivas. Sin embargo la última no lo hace de manera directa sino que sólo habla del consentimiento.⁴¹ La Declaración de los Derechos del Paciente (Lisboa, 1981) establece que:

el paciente tiene derecho a aceptar o rechazar el tratamiento después de haber sido adecuadamente informado.

4. MARCO NORMATIVO ARGENTINO

Hay normas constitucionales que se vinculan con la temática tratada en este trabajo. El artículo 19 de nuestra Carta Magna recepta el principio de reserva. Protege la esfera de la privacidad de la persona, su autodeterminación en las acciones que no afecten la moral pública ni derechos legítimos de los terceros.

El artículo 33 del mismo cuerpo normativo reconoce y protege los llamados derechos implícitos o derechos y garantías innominadas.

El artículo 75 inc. 22 otorga jerarquía constitucional a los once tratados de Derechos Humanos que el texto enumera.⁴²

³⁹ Vázquez Ferreyra, *Ob. Cit.*

⁴⁰ Vázquez Ferreyra, *Ob. Cit.*

⁴¹ Hoof, Pedro, *Ob. Cit.*, p. 107.

⁴² Hoof, Pedro, *Ob. Cit.*, p. 109

Además, se debe tener en cuenta la filosofía que sustenta nuestro sistema constitucional, su ideario personalista, los valores y creencias compartidas que informan el articulado de la Constitución Nacional.⁴³

Señala la jurisprudencia argentina:

En el reconocimiento de la autonomía del paciente se funda la doctrina del consentimiento informado, establecido por las leyes 17.132 de ejercicio de la medicina, 24.193 de ablación y trasplante de órganos, así como en las leyes 11.044 sobre protección de las personas incluidas en investigaciones científicas y 11.028 regulatoria del funcionamiento de centros de procreación humana asistida.⁴⁴

La ley 17.132⁴⁵ establece en su artículo 19 que:

Los profesionales que ejerzan la medicina están, sin perjuicio de lo que establezcan las demás disposiciones legales vigentes, obligados a: inc 3° respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidente, tentativas de suicidios o de delitos. En las operaciones mutilantes se solicitará la conformidad por escrito del enfermo, salvo cuando la inconsciencia o alienación o la gravedad del caso no admitiera dilaciones. En los casos de incapacidad, los profesionales requerirán la conformidad del representante del incapaz.

Nótese que no se hace referencia al consentimiento informado, sólo se habla de conformidad por escrito del enfermo para cierto tipo específico de intervenciones quirúrgicas a las que se hace expresa referencia. En este sentido la jurisprudencia tiene dicho que:

La previa información del médico al paciente, calificada en doctrina como ‘consentimiento informado’, no aparece reglamentada en la ley 17.132 ni puede inferirse de la normativa contenida en la ley 24.240 (ley de defensa del consumidor), a menos que se interprete que las disposiciones de este régimen han modificado las reglas contractuales del Código Civil.⁴⁶

⁴³ Hoofft, Pedro, *Ob. Cit.*, p. 110.

⁴⁴ Juz Crim y Correc N° 3. Mar del Plata, 18-09-1995, *P., A. F.*, LL 1997-F-602; DJ 1998-1, 601; LLBA 1995, 1207.

⁴⁵ Adla, XXVII-A, 44

⁴⁶ CNCiv., Sala B, 04/03/2004, *G de O., G. c. Ciudad de Buenos Aires*, RCyS 2004-IV-70.

También habla del respeto a la decisión del paciente. En este punto nos preguntamos hasta qué punto podemos pensar en una decisión inteligente, razonada, acorde con sus necesidades del paciente, si éste no ha contado con los elementos para valorar la mejor opción.

La ley 24.193⁴⁷ es más específica en cuanto al deber que le impone a los médicos a la hora de brindar información. Esta normativa expresamente señala que los médicos deberán asegurarse de que los pacientes hayan comprendido la información brindada. Sólo después de esto se dejará a la libre voluntad del paciente la decisión que corresponda adoptar. Creemos que esta norma se encamina en el recto camino del respeto de la autonomía del paciente y su derecho a la autodeterminación, de lo que se deriva la regla del consentimiento informado.

La ley 24.193 establece en su artículo 13 que:

Los jefes y subjefes de los equipos, como asimismo los profesionales a los que se refiere el artículo 3, deberán informar a cada paciente y su grupo familiar en el orden y condiciones que establece el artículo 21, de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la operación de ablación e implante – según sea el caso–, sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como las posibilidades de mejoría que, verosímilmente, puedan resultar para el receptor.

Luego de asegurarse de que el dador y el receptor hayan comprendido el significado de la información suministrada, dejarán a la libre voluntad de cada uno de ellos la decisión que corresponda adoptar. Del cumplimiento de este requisito, de la decisión del dador y de la del receptor, así como de la opinión médica sobre los mencionados riesgos, secuelas, evolución, limitaciones y mejorías, tanto para el dador como para el receptor, deberá quedar constancia documentada de acuerdo con la normativa a establecerse reglamentariamente.

De ser incapaz el receptor, o el dador en el caso de trasplante de médula ósea, la información prevista en este artículo deberá ser dada, además, a su representante legal.

⁴⁷ Adla, LIII-B, 1344.

Cabe citar lo dispuesto en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina del año 1998,⁴⁸ porque en su artículo 112 establece que:

Nadie puede ser sometido sin su consentimiento a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos, cualquiera sea su naturaleza, salvo disposición legal en contrario.

A su vez, el artículo 113 señala:

Si el paciente es incapaz de ejercicio o no está en condición de expresar su voluntad, debe recabarse el consentimiento de su representante legal, cónyuge o pariente más próximo o allegado que en presencia del médico se ocupe de él. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

La negativa injustificada de las personas antes mencionadas a consentir un acto médico requerido por el estado de salud del incapaz, se suple por autorización judicial.

Por su parte el artículo 114 establece:

Cuando las circunstancias lo aconsejan, el paciente o quien debe dar su consentimiento en el caso del artículo precedente, debe ser informado razonablemente sobre el procedimiento médico, sus consecuencias y sus posibilidades curativas.

El artículo 112 del Proyecto señala claramente que nadie puede ser sometido a un examen o tratamiento sin su consentimiento. Aquí la norma no hace distinciones sobre los distintos tipos de exámenes o tratamientos a los que se puede someter un paciente, los incluye a todos, cualquiera sea su naturaleza. La solución nos parece plausible.

Luego, el artículo 113 establece que en caso de que el consentimiento no pueda ser obtenido del paciente directamente, se debe recurrir a sus allegados. Creemos que ello es correcto, ya que quien mejor conoce su proyecto de vida y sus necesidades es el paciente mismo. En el caso de que el paciente no pueda expresar su decisión quienes están en mejor condición de hacerlo,

⁴⁸ Miembros de la comisión designada por Decreto 685/95: Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefá Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

por el conocimiento que tienen del enfermo, son sus allegados. En ausencia de ellos, el médico puede intervenir careciendo del consentimiento de los allegados, siempre que con su actuación se busque evitar el mal grave al paciente. En el caso que no se trate de un mal grave, el médico deberá abstenerse de invadir la esfera de la libertad y privacidad del paciente hasta que pueda contar con el consentimiento que legitime su actuar. Ello porque en esos casos no está en riesgo la vida del paciente.

Por último, el artículo 114 hace referencia a la información con que debe contar el paciente o quienes han de prestar el consentimiento. Comienza diciendo: “Cuando las circunstancias lo aconsejan” el paciente debe ser razonablemente informado. Reconocemos que se debe contemplar un margen de discrecionalidad en el actuar médico para no brindar información en los casos en los cuales lo conveniente, atendiendo a las características del caso, es no informar. En este sentido se expiden el artículo 34 del Código de Deontología Profesional francés cuando señala “un pronóstico grave puede legítimamente ser disimulado al paciente”, y el artículo 25 del Código de Deontología Profesional de España al preceptuar que “...puede ser legítimo no comunicar al enfermo un pronóstico grave o fatal”. Supongamos que se trata de un paciente depresivo con una enfermedad grave y que ha tenido varios intentos de suicidio. Se trata de algo excepcional, por lo que los motivos de la negativa a dar la información al paciente debe ser detalladamente documentada en la historia clínica. Será necesario que intervenga el Servicio de Psiquiatría, a fin de determinar que lo aconsejable es en ese caso, justamente, retacear la información. Pero si existe un allegado que esté en condiciones de recibir la información, debe ser puesto en conocimiento de la situación. Si los familiares apoyarán y cuidarán al enfermo, entonces es razonable que sepan lo que es dable esperar de la evolución y los verdaderos riesgos a los que se somete al paciente.

Pero existen disposiciones que reciben un fuerte influjo de la perimida tradición paternalista que campeó durante siglos en la medicina. En este sentido, nos encontramos con las disposiciones contenidas en el Código de Ética Médica de la Confederación Médica Argentina y del Código deontológico similar vigente en el ámbito de la provincia de Buenos Aires.⁴⁹

⁴⁹ Hoof, Pedro, *Ob. Cit.*, p. 115.

5. OMISIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Los presupuestos de la responsabilidad civil son: la antijuridicidad o incumplimiento objetivo, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución, que en el caso de la responsabilidad médica es subjetivo (culpa o dolo).

Sin embargo, a la luz de la doctrina del consentimiento informado podría surgir la responsabilidad civil del médico aun en los casos en los cuales no hubo negligencia, impericia o imprudencia. En razón de que la omisión del consentimiento sería una lesión autónoma, se trata de la violación de la libertad del paciente y es suficiente para producir responsabilidad.⁵⁰

Se ha sostenido que: “Como regla general, la licitud de cualquier tratamiento médico está subordinada al consentimiento del paciente. Esta afirmación, es una manifestación del derecho a la libertad: el paciente al dar su conformidad con el tratamiento “ejercita” ese derecho, haciendo uso de la facultad de decidir libremente lo que concierne a su propia persona”. Por lo tanto una intervención sin el acuerdo del paciente podrá configurar un delito penal contra la libertad individual (independientemente del resultado), pero no el delito doloso de lesiones debido a la finalidad terapéutica del acto médico.⁵¹

Estableció la jurisprudencia argentina

Nadie puede ser constreñido a someterse contra su voluntad a tratamientos clínicos, quirúrgicos o exámenes médicos cuando está en condiciones de expresar su voluntad. Tal principio no deberá ceder aunque medie amenaza de la vida.⁵²

Todas las prácticas médicas, en mayor o en menor medida, entrañan un riesgo. Si el paciente lo conoce y no obstante decide someterse al examen, tratamiento o intervención, será quien asuma las consecuencias normalmente desfavorables derivadas de la práctica consentida,⁵³ desde ya que nos referimos al caso donde no hubo mala praxis. El paciente conoció y asumió el riesgo. Está en juego el derecho de la persona a elegir libremente si se somete o no a los riesgos propios del estudio o tratamiento. En definitiva quien cargará con los eventuales daños y costos del tratamiento será el paciente y su familia.

⁵⁰ Lorenzetti, *Ob. Cit.*, p. 211.

⁵¹ Tobías, José W. *El consentimiento del paciente en el acto médico*. E.D. 93-803.

⁵² Juz Crim y Correc N° 3 Mar del Plata, 18-09-1995, *P., A. F.*, LL 1997-F-602.

⁵³ Bustamante Alsina, Jorge. *Responsabilidad profesional de los odontólogos*, LL 1998-E-94.

Demás está agregar que, en caso de mediar negligencia o imprudencia por parte de los médicos, generará su obligación de resarcir por el daño causado, con fundamento en la culpa. Así podrá nacer también la responsabilidad objetiva del ente asistencial por la violación a la obligación tácita de seguridad.

La jurisprudencia argentina ha dicho que

El médico que extirpó a la actora un ovario que contenía un quiste benigno, debe afrontar la indemnización del perjuicio moral que le causó dicha práctica realizada sin su consentimiento informado, pues según las probanzas de la causa pudo existir la posibilidad de que salvase su ovario y de que se extrajera sólo el quiste, pero fue privada de la opción de acudir a otro profesional para que se le conserve el ovario por la ausencia de una adecuada información sobre la intervención.⁵⁴

Asimismo,

Es procedente la acción resarcitoria entablada contra el médico cuya omisión de recabar el consentimiento informado del paciente previo a una operación de cirugía de alto riesgo, privó a éste de la posibilidad de optar por no someterse a un tratamiento que lo dejara en iguales o peores condiciones de las que revestía al arribar a la consulta —en el caso, le extrajeron un quiste cerebral y luego de la operación sufrió demencia vascular que lo llevó a ser declarado insano— o bien por otra técnica operatoria que aparecía como más segura y hasta de haber acudido a otro equipo médico que le ofreciera dicha terapéutica.⁵⁵

Por su parte Vázquez Ferreyra entiende que no cabe duda que la no obtención del consentimiento informado puede significar la lesión a los derechos de la personalidad del paciente, pero de ahí a responsabilizar íntegramente a los profesionales por un resultado dañoso cuando éste no puede ser atribuido a culpa del profesional, hay un trecho muy largo.⁵⁶

⁵⁴ CNCiv., Sala D, 09/03/2004. *F. M. G. c. Asociación Francesa Filantrópica*, RCyS 2004-IV-40.

⁵⁵ CNCiv., Sala M, 16/02/2002. *B. de K. S., G. H. c. G. J. A. y otros*, LL2003-B-316.

⁵⁶ Vázquez Ferreyra, *Ob. Cit.*

6. CONSENTIMIENTO DE LOS INCAPACES

La declaración de voluntad del paciente debe cumplir con ciertos requisitos para que pueda considerarse válida. Debe ser efectuada con discernimiento, intención y libertad. Además debe existir una manifestación por la cual se exteriorice la voluntad.

En los casos en que exista una falla en el discernimiento del paciente, el consentimiento informado debe, en principio, ser otorgado por el representante legal.

En el caso fallado por el Juzgado Criminal y Correccional de Transición N° 1 de Mar del Plata,⁵⁷ (provincia de Buenos Aires, Argentina) R., F. A., en representación de la Sra. A., S. M., interpuso acción de amparo tendiente a lograr la correspondiente autorización judicial, a fin de que se le practique una histerectomía a M. por padecer hemorragias múltiples que ponían en peligro su vida, pues ella no quería someterse a la operación mencionada, no comprendiendo la gravedad que conllevaba no dejar que se le practique la misma. Esas hemorragias se producían desde hacía un año y tenía anemia crónica. Según los dictámenes de los peritos A., S. M. no comprendía las consecuencias de sus decisiones.

El sentenciante señaló que los individuos deben ser tratados como entes autónomos y las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección. Del principio de autonomía se deriva la regla del consentimiento informado que requiere una participación activa en la toma de decisiones que conciernen a la salud. Habla del paciente activo que es aquel que participa de las decisiones sobre la salud.

Dice el Tribunal que la participación activa se patentiza en el primer aspecto que involucra el principio de autonomía

Los individuos deben ser tratados como entes autónomos” y que lamentablemente no puede tener lugar plenamente en las personas vulnerables, por lo que se aplica la segunda parte del principio “Las personas cuya autonomía esté disminuida deben ser objeto de protección.

En un trabajo posterior, el juez que intervino en la causa mencionada, Doctor Pedro Hooft, realizó algunas apreciaciones sobre el caso. En la causa se tra-

⁵⁷ Juz. Crim y Correc de Transición N1 Mar del Plata, 05/11/1999. *M., A.S.*, LL. 2000-C-550.

taba de una mujer de cuarenta años de edad, sin hijos, y con una relación de convivencia estable de diez años a la fecha de la presentación del amparo. Agrega que la legislación vigente exige para este tipo de intervenciones médicas –que implican una esterilización definitiva–, el consentimiento del paciente por escrito.

La mujer había sido internada varias veces debido a los cuadros agudos de anemia que presentaba, sin embargo se negaba a prestar su asentimiento con la intervención médica que el equipo médico consideraba necesaria y urgente. Ante la insistencia de la paciente en negar su asentimiento para la realización del tratamiento se dio intervención al Servicio de Salud Mental. Éste llegó a la conclusión de que la paciente no entendía el alcance de su decisión, por lo que solicitó la intervención de la justicia. Inmediatamente, el conviviente interpuso una acción de amparo. Desde el juzgado se ordenó la obtención de un informe socioambiental y se requirió un dictamen al Comité de Bioética del Hospital Público. El juez, previo a la realización de una audiencia con la paciente que no se llegó a concretar debido a una complicación en el estado de salud de la mujer, pasó la causa a resolución con los elementos de convicción incorporados hasta ese entonces al proceso. Se hizo lugar a lo solicitado por lo que se ordenó la realización de la intervención quirúrgica y demás tratamientos que fueran necesarios para preservar la salud de la mujer. Señaló el juzgador que la salud como valor y como derecho humano fundamental encuentran reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales en materia de derechos humanos, al igual que en normas constitucionales y legales de derecho interno. Agregó que de “no brindarse una respuesta jurisdiccional favorable, oportuna y eficaz se incurriría en una omisión constitucional, en detrimento de la salud y eventualmente de la vida de la paciente”.⁵⁸

Sin embargo, es dable contemplar la situación que se presenta con los menores de edad. Supongamos que se trata de un joven de 17 años que debe someterse a un examen o tratamiento con posibilidad de complicaciones en razón de los riesgos normales que conlleva su realización. El problema se genera cuando la decisión de los padres difiere de lo querido por el menor. Debemos tener en cuenta que es el menor quien cargará con las eventuales secuelas del estudio o tratamiento y, en todo caso, será su proyecto de vida el que puede verse afectado. Sumemos que, este caso, se trata de un menor cuya opinión difiere de la de

⁵⁸ Hooft, Pedro F. *El respeto a la autonomía personal en la atención psiquiátrica*. J. A. 2000-IV-1055.

sus padres, pero que aparece como una opinión madura, fruto de la reflexión. ¿Se puede estar solo a la opinión de los representantes del menor ignorando completamente lo querido por quien en definitiva cargará con las consecuencias de la realización o no del estudio o tratamiento? La Convención de los Derechos del Niño, que a partir de 1994 tiene jerarquía constitucional en su artículo 14 señala que:

Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”. En este sentido, Lorenzetti señala que “El Estado debe garantizar al niño que está en condiciones de formar un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez.”⁵⁹

Si el representante legal se opone de manera arbitraria o abusiva, al punto que contradice los intereses del representado, el médico podrá recurrir a la autoridad judicial para requerir la autorización para actuar, y si la urgencia le impide hacer el trámite entonces podrá obrar amparándose en un estado de necesidad.⁶⁰

En los casos en que por razones religiosas un padre se opuso a que su hijo menor de edad sea transfundido se privilegió la vida del menor por sobre las convicciones religiosas del padre. Una solución contraria conllevaba un ejercicio abusivo de la patria potestad.⁶¹

7. PRUEBA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Conforme los principios generales en materia probatoria quien alega un hecho tiene la carga procesal de probarlo, a fin de ver satisfecha su pretensión (Artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Quien alega la existencia del consentimiento informado tendrá la carga procesal de aportar todos los elementos de prueba necesarios para generar en el juez la convicción de que los hechos han acontecido de determinada manera.

Además, el profesional deberá demostrar no sólo que existió el consentimiento informado sino también su alcance. Para ello podrá recurrir a cualquier medio de prueba, testimonial,⁶² documental, informativa, confesional, pericial y presunciones.

⁵⁹ Lorenzetti, *Ob. Cit.*, p. 214.

⁶⁰ Bueres, *Ob. Cit.*, p. 205, nota 15.

⁶¹ Bueres, *Ob. Cit.*, p. 246

⁶² CNCiv., Sala G, 10/10/2003. *Rivas, Karina J. c. Cavilla, José E. y otro*, RCyS 2004-I-137.

En este sentido, la jurisprudencia ha resuelto “Que hubo consentimiento es evidente, desde que la actora se internó voluntariamente para operarse; lo que no se sabe es si la información previa fue lo suficientemente explícita en cuanto al riesgo y posibilidades futuras”.⁶³ Señala el Tribunal que discrepa con la colega de la instancia anterior en lo que atañe a un supuesto deber legal de fijar por escrito el consentimiento informado. Afirma que el artículo 13 de la ley 24.193 exige constancia documentada de la información, riesgos de la operación y consentimiento del dador o su representante y del receptor para los trasplantes de órganos y materiales anatómicos, sin generalizar (este deber) para toda intervención quirúrgica que no tenga ese carácter.⁶⁴

La demandada señaló que no exigió el consentimiento informado por escrito debido a que en esa época no era usual pedirlo y la sociedad de cirugía plástica no había confeccionado el formulario. Sin embargo, el Tribunal señaló que el profesional no podía ignorar que es de buena práctica redactarlo y requerir la firma, ya que en la hipótesis de futura controversia se impediría –o dificultaría– otro tipo de prueba.

Nuestros Tribunales han dicho que

Es improcedente la demanda de daños y perjuicios entablada contra el establecimiento asistencial, la empresa de medicina prepaga y los médicos que atendieron al actor, a quienes imputa no haberle informado adecuadamente los riesgos del estudio practicado –en el caso, cinearteriografía durante la cual padeció un episodio neurológico–, ya que el documento firmado por el paciente no es del tipo de los preimpresos o impuestos y de su atenta lectura y confección surge que se le advertía la existencia de eventuales riesgos.⁶⁵

Si pesara sobre el paciente la prueba de no haber recibido información de los riesgos del estudio o tratamiento, éste debería probar un hecho negativo, es decir, un hecho que no sucedió, lo que le resulta sumamente difícil o imposible (prueba diabólica).

⁶³ Cám. Nac Civ., Sala G, 19/03/99. *S., A. R. v. Acción Médica S.A. y otro*. J. A. 1999-IV-597.

⁶⁴ La ley 24.193 es de Transplante de Órganos. El caso invocado importa una cirugía plástica.

⁶⁵ CNCiv., Sala G, 29/12/2003. *Casella Horacio A. c. Instituto Sacre Coeur S.A. y otros*, DJ 10/03/2004, 567.

En este sentido, se ha dicho que “La prueba del consentimiento informado del paciente está a cargo del médico que repele la acción que tiene por base el achaque de mala práctica, pues la acreditación de que brindó la información –en el caso, previo a la realización de una cirugía para extraer un quiste cerebral, luego de la cual el paciente sufrió demencia vascular que lo llevó a ser declarado insano– y actuó conforme a ésta y con el consentimiento de aquél, reviste la entidad de un hecho extintivo”.⁶⁶

Lorenzetti cita un caso donde se estableció que la prueba del consentimiento informado puede ser a través de presunciones. En autos “Reaves vs Mandel” un paciente alegó no haber recibido información alguna sobre los riesgos de una histerectomía total. El médico dijo que no recordaba los detalles pero que había hecho mil histerectomías, de las cuales cincuenta versaban sobre un fibroma del tipo del caso y que él siempre había dicho a los pacientes los detalles acerca de los riesgos. Este era un procedimiento fijo y el Tribunal dijo que el comportamiento del médico fue tan consistente a lo largo de los años que llegó al nivel de hábito.⁶⁷

En cuanto a las presunciones, se sostuvo que “Constituyen prueba idónea para tener por acreditada la responsabilidad médica, las presunciones derivadas de la comprobada ausencia de consentimiento informado en el paciente acerca de los posibles inconvenientes de la técnica quirúrgica elegida y su tratamiento posterior –en el caso, una colecistectomía laparoscópica– y de las irregularidades que se registran en la historia clínica”.⁶⁸

Las presunciones deben ser apreciadas juntos con los restantes elementos probatorios que se encuentran agregados al proceso.⁶⁹

Se presumió existencia del consentimiento informado para una operación quirúrgica de reimplante de dedos porque el operario que se amputó las falanges con una guillotina concurrió al sanatorio donde firmó un compromiso de pago de honorarios. Se entendió que la conducta del paciente puso de manifiesto sus esperanzas en el médico y en que la actuación de éste se traduciría en una mejora de su situación.⁷⁰

⁶⁶ CNCiv., Sala M, 16/09/2002. *B. de K. S., G. H. c. G., J. A. y otros*. LL2003-B-316.

⁶⁷ Lorenzetti, *Ob. Cit.*, p. 208.

⁶⁸ CApel. en lo Civ. y Com. 1º Nom Santiago del Estero, 03/12/2002. *Sánchez, Marta G. c. Sanatorio Norte S.R.L.*, LLNOA 2003 (octubre) 570.

⁶⁹ Tanzi, Silvia Y. - Alterini, Juan Martín. *La demanda de daños, aspectos civiles y procesales*, Círculo Carpetas, Bs. As., 2004, p. 184.

⁷⁰ CNCiv., Sala I, 06/06/2002. *D., C. A. c. Z., J. R.*, LL2003-B-510; RcyS 2003-II-153.

CONCLUSIÓN

Actualmente se reconoce el derecho de la persona a decidir en todas aquellas cuestiones relacionadas con su salud. Por ello, el médico deberá abstenerse de proceder si antes no cuenta con el consentimiento informado del paciente. Se funda en el principio bioético de autonomía de la persona y en su derecho a la libertad; sólo cuando el paciente no esté en condiciones de decidir por sí mismo, se podrá recurrir a sus allegados.

El profesional de la salud deberá abstenerse de invadir la esfera de intimidad de la persona. La responsabilidad civil del médico puede surgir por ausencia de consentimiento informado, aun cuando su conducta en la elaboración del diagnóstico o durante toda la etapa de tratamiento esté exenta de reproche.

A su vez, el médico deberá ayudar al paciente a tomar una decisión razonada, toda vez que pesa sobre el galeno el deber de informar sobre el estado de salud del paciente, los riesgos de someterse o no a un estudio o tratamiento, la existencia de tratamientos alternativos.

La persona es libre y como tal elige un proyecto de vida;⁷¹ es ella quien conoce el mejor camino para materializarlo, y en esa decisión su voluntad no puede ser sustituida.

En cuanto a la carga de la prueba, la acreditación del consentimiento informado está a cargo del profesional quien podrá recurrir a cualquier medio probatorio, incluso las presunciones. Exigir que el paciente acredite la no existencia del consentimiento informado implica exigirle la acreditación de un hecho negativo, lo cual resulta difícil de probar y en muchos casos imposible.

Por sobre todo se debe resguardar el respeto a la persona humana y particularmente en todo lo relacionado con su salud y su proyecto de vida.

⁷¹ Fernández Sessarego, Carlos. *¿Existe un daño al proyecto de vida?* en www.Revistapersona.com.ar/11sessarego.htm, *El daño al proyecto de vida en un reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* en www.alterini.org.ar/tonline.htm

Introducción al análisis dogmático del acto jurídico testamentario. Fundamento, definición y caracteres

Carlos Alberto URDANETA SANDOVAL*

SUMARIO:

Introducción.

1. **Fundamento:** 1.1 *Fundamento socio-político del testamento:* 1.1.1 El derecho de testar es un derecho natural. 1.1.2 El derecho de testar es una creación del derecho positivo y no es una categoría del derecho natural. 1.2 *Fundamento estrictamente jurídico.*
2. **Definición:** 2.1 *Tendencias en el Derecho comparado.* 2.2 *Propuestas doctrinales.*
3. **Caracteres:** 3.1 *Es un acto jurídico sui generis.* 3.2 *Es un acto unilateral o unipersonal.* 3.3 *Es un acto no recepticio.* 3.4 *Es un acto*

* La Universidad del Zulia, Abogado, Doctor en Derecho, *Magister Scientiarum* en Derecho Procesal Civil. Universidad Católica Andrés Bello, Especialista en Derecho Administrativo. Universidad Central de Venezuela, Cursante del Doctorado en Ciencias, mención Derecho. “Premio de Actividades Científicas Doctor Orángel Rodríguez”, Ganador del año 1993. Premio Estímulo “Dr. Leopoldo Sánchez” a la mejor Tesis Doctoral, Ganador del año 2001. Autor de numerosos estudios difundidos en revistas jurídicas especializadas y arbitradas, así como en Libros Homenaje organizados por el Tribunal Supremo de Justicia. Ejercicio libre de su profesión de Abogado. Dirección electrónica: urdanet2001@yahoo.es

personalísimo. 3.5 Es un acto libre. 3.6 Es un acto gratuito. 3.7 Es un acto solemne. 3.8 Es un acto de última voluntad. 3.9 Es un acto esencialmente revocable. 3.10 Es un acto por cuya vía una persona natural con capacidad para ello dispone, para el tiempo que siga a su muerte, de su patrimonio, en forma total o parcial. 3.11 Es un acto que también puede contener disposiciones diferentes a la institución de herederos y legatarios, como ordenación de otros intereses que por regla general son de última voluntad.

INTRODUCCIÓN

La sucesión en sentido jurídico y *lato* consiste en sustituir una persona a otra en la misma relación jurídica, por lo que la identidad de la relación jurídica y la diversidad de los sujetos constituyen sus caracteres. Se verifica por acto entre vivos, o por causa de muerte (*mortis causa*) y sólo ésta puede ser a título universal y a título particular.¹

En sentido estricto o restringido, la sucesión es la sustitución de una persona por otra u otras, pero sólo por causa de fallecimiento de la persona sustituida, la cual transmite el patrimonio a la(s) persona(s) que le sustituye(n),² o en otro giro, la transmisión de todos los bienes y derechos del difunto, así como sus obligaciones, que no se extinguen con la muerte,³ por lo que implica, como expresa Clemente de Diego, un hecho mediante el cual, al morir una persona, deja a otra la continuación de todos sus deberes y derechos, siendo necesario para que exista la sucesión tres condiciones generales: a) Que haya una relación jurídica transmisible; b) Que ésta continúe existiendo, pero que cambie de sujeto; c) Que esta transmisión tenga lugar por un vínculo o lazo que una jurídicamente a transmitente y sucesor.⁴

Se llama sucesión testamentaria o testada aquella que trae su origen en la voluntad del *de cuius*, expresada en acto especial, que se llama testamento.⁵

¹ Coviello, N. (1938) *Doctrina general del Derecho civil*. (Tr.: Tena, F.) México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-americana. pp. 337-338; también, Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez, R. (1994) *Derecho de familia y sucesiones*. México: Harla. p. 255.

² Torres Rivero, A. L. (1981) *Teoría general del Derecho sucesoral*. Caracas: Universidad Central de Venezuela. pp. 8-9; Esparza Bracho, J. (1993) *Derecho sucesorio*. Maracaibo: Ediciones Astro Data S.A. Tomo I. p. 3.

³ Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez, R. *Ob. Cit.*, p. 255.

⁴ De Ibarrola, A. (1977) *Cosas y sucesiones*. (4ª ed.) México: Porrúa. p. 617.

⁵ Messineo, F. (1979) *Manual de Derecho civil y comercial*. (Tr.: Sentís Melendo, S.) Buenos Aires: EJE. Tomo VII. p. 70.

Respecto de la sucesión testamentaria, afirma De Ruggiero que “de todos los negocios jurídicos patrimoniales no hay ninguno que supere al testamento, por la importancia de sus efectos, por las solemnidades de forma que le acompañan, por el especial cuidado que la ley dedica a las declaraciones de voluntad y la efectividad de éstas. Acto esencialmente unilateral, espontáneo, revocable, el testamento es la disposición de última voluntad con que una persona determina el destino de su patrimonio después de su muerte y regula las relaciones jurídicas para el tiempo en que no viva ya (...)”.⁶

Por virtud del método científico (dogmático), la doctrina civilista ha tomado de las disposiciones legales pertinentes referidas al testamento los datos, para analizarlos (dogmas) empleando el razonamiento lógico, establecer las similitudes y diferencias y reducir lo que opera igual bajo una apariencia pre-analítica de diversidad, desarrollando una teoría (construcción) o sistema no contradictorio de proposiciones en que cada uno de ellos pretende encontrar su ubicación y explicación; plantearse finalmente, mediante el proceso de verificación, hipótesis a efectos de comprobar si la teoría formulada funciona de acuerdo con la totalidad.⁷

En el presente estudio sobre la sucesión testamentaria nos encauzaremos al análisis de la construcción creada por la dogmática civilista sobre el fundamento, definición y características del testamento, cuestiones no suficientemente tratadas en la literatura jurídica venezolana, salvo un singular y encomiable esfuerzo finisecular,⁸ para verificar sus proposiciones en el sistema legal patrio.

1. FUNDAMENTO

¿Cuál es el fundamento del derecho de testar? La expresión testamento se hace derivar de las voces latinas *testatio* y *mentis*, que significan testimonio de la voluntad o manifestación del pensamiento.⁹ La antigua definición de

⁶ De Ruggiero, R. (1978) *Instituciones de Derecho civil*. (Tr.: Serrano Suñer, R. y Santa-Cruz Teijeiro, J.) Madrid: Reus. Tomo II, volumen II. p. 469.

⁷ Cfr. Zaffaroni, E. R. (1995) *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: EDIAR. Tomo I. pp. 282-283.

⁸ Nos referimos a la obra de López Herrera, F. (1994) *Derecho de sucesiones*. Caracas: UCAB. pp. 151-163, la cual ha llegado recientemente a su tercera edición.

⁹ Meza Barros, R. (1959) *Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos*. Santiago-Chile: Editorial Jurídica de Chile. p. 119; Oderigo, M. N. (1982) *Sipnosis de Derecho romano*. (6ª ed.) Buenos Aires: Depalma. p. 407.

Ulpiano nos decía “*mentis nostrae iuxta contestatio in id sollemnite facta ut post mortem nostram valeat*” (contestación justa de nuestra mente hecha solemnemente para que valga después de nuestra muerte).¹⁰ Por su parte, su discípulo Modestino lo definía así “*testamentum est voluntatis nostrae iuxta sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit*” (testamento es la justa expresión de nuestra voluntad en orden a lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte).¹¹ En general, puede definirse en el Derecho romano la institución del testamento, junto a Bonfante, como aquel acto solemne de última voluntad con el cual se nombra al heredero y se puede, además disponer de otro modo del propio patrimonio por legado, nombrar tutores, manumitir siervos, etc.¹²

Históricamente, los babilonios, no obstante que no concibieron como los romanos los efectos *post-mortem* de la voluntad humana, lograron buenos resultados por medio de la adopción, por el contrato sucesorio y por la transmisión de bienes luego del fallecimiento por virtud de un ejecutor testamentario.¹³ Los griegos, a su vez, afirmaron la trascendencia póstuma de la voluntad del hombre exenta de toda solemnidad en su expresión, por lo que dada la libertad de formas testamentarias, no se descarta la observancia de disposiciones nuncupatorias en casos de poca monta, siendo lo ordinario su dictado por escrito ante testigos elegidos entre los parientes, los *phratores*, los *démotas* y los amigos, mas sin que su número fuese preindicado, ni su presencia esencial.¹⁴ Sin embargo, según los romanistas nada provechosa resulta la comparación entre la institución helénica y el testamento greco egipcio con el *testamentum*, pues al haber sólo adopción y simple disposición de bienes, falta una institución de heredero en el sentido romano, además de que no hay incompatibilidad de sucesiones —la testamentaria y la intestada—, distinción entre capacidad contractual y capacidad de testar, nulidad de la *institutio ex*

¹⁰ D. L., 20. *Apud.* Barbero, D. (1967) *Sistema del Derecho privado*. (Tr.: Sentís Melendo, S.) Buenos Aires: EJE. Tomo V, p. 253.

¹¹ Digesto. Lib. XXVIII, tit. I, Ley 1ª. *Apud.* Cabanellas, G. (1974) *Repertorio jurídico de locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*. Buenos Aires: Heliasta. p. 27. N° 795; Polacco, V. (1982) *De las sucesiones*. (Tr.: Sentís Melendo, S.) Buenos Aires: EJE. Tomo I. p. 176.

¹² Bonfante, P. (1979) *Instituciones de Derecho romano*. Tr. Luis Bacci y Andrés Larrosa. (5ª ed) Madrid: Reus. p. 595; a quien siguen Iglesias, J. (1982) *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*. (7ª ed.) Barcelona: Ariel. p. 652; y Bernad Mainar, R. (2001) *Derecho romano. Curso de Derecho privado romano*. Caracas: UCAB. p. 593.

¹³ Cuq (1929) *Etudes sur le Droit Babylonien*. París. p. 53. *Apud.* De Gásperi, L. (1953) *Tratado de derecho hereditario*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. Tomo III. Parte especial. p. 181.

¹⁴ Beauchet (1897) *Historie du Droit Privé de la République Athénienne*. París. Tomo III. p. 656. *Apud.* De Gásperi, L. *Ob. Cit.*, p. 182.

re certa, etc.,¹⁵ por lo que se concluye que estos pueblos sólo conocieron la sucesión *ab intestato*.¹⁶

En efecto, los romanos, que conocían la sucesión testamentaria desde el origen de Roma, le atribuyeron efectos póstumos a la voluntad del hombre y admitieron con razón la preeminencia de la voluntad del difunto sobre la del legislador, para la elección del heredero, y la Ley de las XII Tablas, reconociendo costumbres que estaban en vigor desde hacía ya tiempo, sanciona para el padre de familia el derecho de elegir él mismo quién deba continuar su personalidad, dándose en un heredero el continuador de su culto doméstico (*sacra*), el sucesor en la soberanía o potestad familiar y la adquisición consiguiente del patrimonio dejado por el *de cuius*, manifestando su voluntad en un acto denominado testamento.¹⁷

Pero al tener basamento el Derecho de sucesiones romano, al igual que el de la Edad Moderna en Occidente, en dos supuestos no basados en la naturaleza humana, sino en la idea que en un momento dado se tenía del hombre, esto es, que el titular de derechos y deberes, y en consecuencia capaz jurídicamente, es el hombre individual, la persona; y que el ordenamiento jurídico tiene que reconocer a la voluntad de la persona la capacidad de obligarse, incluso en negocios jurídicos con efectos póstumos; y por otra parte, no darse tales supuestos para los germanos, no puede hablarse en su caso de un derecho hereditario, pues el titular de la capacidad jurídica no era la persona, sino el colectivo familiar, por lo que la granja recibida de los padres pasaba a los hijos sin intervención de Derecho hereditario alguno. Más de medio siglo se requirió para que la capacidad jurídica pasase de la familia a la persona y llegar a la doctrina, finalmente indiscutida, de que el auténtico propietario de una finca rural era el campesino que la explotaba y no la familia germánica como colectivo jurídico eficaz o cadena generacional, con lo que, la descubrirse la persona y su capacidad de disposición, se hizo posible el nacimiento del Derecho hereditario germánico.¹⁸ Desconocido el testamento en el antiguo derecho germánico indígena, el mismo fue introducido en las cos-

¹⁵ Iglesias, J. *Ob. Cit.*, p. 653; también Bonfante, P. *Ob. Cit.*, p. 597.

¹⁶ Petit, E. (1983) *Tratado elemental de Derecho romano*. Tr. José Ferrandes González. Caracas: Móvil Libros. p. 667.

¹⁷ *Ibidem*. pp. 667-668; De Gásperi, L. *Ob. Cit.*, p. 181.

¹⁸ Hattenhauer, H. (1987) *Conceptos fundamentales del Derecho civil*. Tr. Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel. pp. 171-173.

tumbres bajo la influencia de la iglesia, haciéndose comunes las disposiciones testamentarias por la salud del alma del donante o de sus parientes (*Seelgeräthe, Gotesgaben*), hasta que de manera insensible se hicieron legados propiamente dichos (*Gemächde*) que no comportaban la institución de heredero, salvo que no hubieren herederos naturales.¹⁹ Diferente fue el caso del Derecho de las Pandectas, derecho común germano de origen romano, recibido en Alemania no por el uso popular, sino por el dictamen de los juristas, los cuales se encontraban irresistiblemente inclinados a asistir al renacimiento de la cultura antigua, y por ende, explicaban el testamento como institución de herederos.²⁰

Como podemos inferir del desarrollo histórico, tanto el derecho de testar como la negación del testamento han tenido diversos fundamentos dentro en el curso de la humanidad. En la actualidad, la dogmática jurídica plantea dos planos dentro de los cuales puede enfocarse el problema del fundamento del derecho de testar, esto es, en sede sociopolítica y en sede jurídica.

1.1 FUNDAMENTO SOCIO-POLÍTICO DEL TESTAMENTO

Con posterioridad a la Revolución Francesa ha sido atacada la institución testamentaria. Ha habido principalmente dos tesis negativas, en primer lugar, las doctrinas de los primeros revolucionarios, Mirabeau, Robespierre y Mabley, quienes desde el punto de vista del individualismo estricto negaron la posibilidad de que la proyección patrimonial de los individuos continuara más allá de su existencia. En segundo lugar, las doctrinas socialistas que no admiten el derecho de propiedad, y por lo tanto, no admiten lógicamente el de sucesión, legítima o testamentaria, por considerarse que es contraria a la justicia intrínseca, al crear entre los hombres una desigualdad que únicamente puede admitirse cuando proviene de las diversas actitudes naturales de las personas y no es dable aceptarla cuando resulta de hechos totalmente ajenos a la voluntad y a la misma capacidad del favorecido, así como contraria al interés de la sociedad, que exige que las fuerzas económicas caigan sólo en manos de los más

¹⁹ Lehr (1892) *Traité Élémentaire de Droit Civil Germanique*. París: Plon. Tomo II. p. 41, núms. 1398-9. *Apud*. De Gásperi, L. p. 184.

²⁰ Windscheid (1925) *Diritto delle Pandette*. Tr. Fadda y Bensa. Torino. Tomo I. § 1. *Apud*. De Gásperi, L. p. 184.

aptos y nunca sobre los que no lo son o pueden no serlo.²¹ El socialismo científico sostuvo luego que no debe suprimirse del todo la herencia, ya que si bien los medios de producción pertenecen al Estado, a la colectividad, no pudiendo ser objeto de la potestad sucesoria, ciertas cosas de la herencia deben ser mantenidas conforme a la voluntad del disponente como, por ejemplo, aquellas cosas sobre las cuales el causante ha proyectado particularmente su actividad o han constituido un punto firme de afección para su persona.²²

Adicionalmente se plantean básicamente dos tesis que admiten la sucesión testamentaria y que la cimientan de la manera que sigue:

1.1.1 *El derecho de testar es un derecho natural*

Esta posición fundamentalmente se basa en la propiedad y la libertad (en Holanda, Grocio, y en Alemania, Leibniz, Wolff, Kant, Daries y Martini).²³ Ricci resume tal tesis diciendo que si la facultad de testar no es sino consecuencia del derecho de propiedad, y como la propiedad es de derecho natural y no solamente de derecho civil, el testamento es también de derecho natural,²⁴ por lo que si el hombre puede enajenar sus bienes en vida, puede disponer igualmente de ellos para después de su muerte.²⁵ Troplong explicaba que “siendo la propiedad legítima conquista de la libertad del hombre sobre la materia, y el testamento la más enérgica expresión de la libertad del propietario, se sigue que hay tanta libertad civil en un Estado, cuanto sea la del testamento”, lo que

²¹ Puig Peña, F. (1974) *Tratado de Derecho civil español*. (2ª ed.) Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Tomo V. Sucesiones. Vol. I. Teoría general de las sucesiones. p. 77; De Ibarrola, A. *Ob. Cit.*, pp. 612-614 y 642.

Estos autores sostienen también que la posición negativa de los primeros revolucionarios fue continuada, entre otros, por la Escuela individualista de Kant, según la cual la muerte extingue todos los derechos —*mors omnia solvit*—, por lo que no puede hablarse de una continuación en el tiempo y en el espacio de un ser que ha terminado ya su vida en el espacio y en el tiempo y la herencia queda convertida en *res nullius* siendo ocupada por los parientes más cercanos, posición que es criticada pues conduce al abuso, ya que en muchos casos los domésticos, los sirvientes serían los *primi occupanti*. Pero tal afirmación no resulta cierta, pues Kant sostenía que los testamentos son válidos por simple Derecho natural, acudiendo a la doctrina romana de la herencia yacente para justificar que en el espacio de tiempo entre la muerte del causante y la aceptación del heredero, la herencia no pertenece a ninguno de los dos pero no es un patrimonio sin dueño, sino sólo “vacante”, y sólo era a la aceptación de la herencia cuando los bienes legados pasaban a su propiedad, teniendo entonces lugar un negocio jurídico de doble acto a la manera contractual, aunque no simultáneo. *Vid.* Hattenhauer, H. *Ob. Cit.*, p. 180.

²² Puig Peña, F. *Ob. Cit.*, pp. 77-78.

²³ De Gásperi, L. *Ob. Cit.*, p. 185.

²⁴ Ricci, F. (s. f.) *Derecho civil teórico y práctico*. (Tr.: Ovejero, E.) Madrid: La España Moderna. Tomo V. p. 229.

²⁵ De Ibarrola, A. *Ob. Cit.*, p. 641.

no impide que el Derecho civil la limite en función de expectativas legítimas que garanticen ciertos imperativos de tutela dentro del ámbito familiar que impone la transmisión de bienes y que además disponga sobre las formas de los testamentos.²⁶

En detrimento de la tesis del derecho de testar como derecho natural, se argumenta jurídicamente que si la Ley privara al propietario del derecho de testar, no despojaría con ello a la propiedad de uno de sus atributos; por otra parte, si se sostuviera que la perpetuidad del dominio exige que su titular pueda disponer de los bienes para después de su muerte, implicaría la inconstitucionalidad tanto de la legítima como de la proscripción de la sustitución fideicomisoria, y que si se confundiera la perpetuidad del dominio con el derecho de disponer de los bienes más allá de la vida, prohibiendo darle un sucesor al sucesor, sólo se extendería el imperio del propietario sobre sus bienes a su propia vida y a la de su inmediato sucesor.²⁷

1.1.2 *El derecho de testar es una creación del Derecho positivo y no es una categoría del derecho natural*

Esta posición no admite un derecho subjetivo de disponer por testamento en el sentido de categoría eterna y absoluta, que se imponga al ordenamiento jurídico positivo, prefijándole necesariamente su contenido, sino que es una realidad histórica consubstanciada con la estructura social y jurídica alcanzada por el hombre (fundada en el poder soberano, como lo enseñó Hobbes, o en la utilidad social, como lo sostuvo Puffendorff y luego Montesquieu, Gilbert des Voisins, Rousseau, Robespierre, Portalis, Bigot Preameneu, Simeón, Merlin, Toullier, Proudhon, Grenier y Troplong),²⁸ la cual se consagra en el Derecho positivo en afirmación de la propiedad privada y se justifica por la tendencia que tiene el hombre de asegurar la existencia de los suyos y por la necesidad de mantener la paz social, ya que si se pretende mantener en manos privadas la fortuna acumulada, a manera de instrumento para preservar la libertad y asegurar el progreso, no resulta admisible que a la muerte de cada persona individual, los bienes que componen su patrimonio se transformen en *res nullius*, o entren en liquidación para que el Estado se beneficie con el saldo, lo cual implicaría que el ahorro de las nuevas generaciones, en vez de destinarse a acrecentar los instrumentos de producción y de goce, se

²⁶ Zannoni, E. (1997) *Derecho de las sucesiones*. Buenos Aires: Astrea. Tomo I. pp. 31-32 y 37-38

²⁷ Fassi, S. C. (1970) *Tratado de los testamentos*. Buenos Aires: Astrea. Volumen I. p. 9.

²⁸ De Gásperi, L. *Ob. Cit.*, p. 185.

inviertan en recuperar los bienes que deben liquidarse por la muerte de sus titulares.²⁹ Por tales razones, se afirma que el legislador no obra a capricho al conceder la potestad testamentaria, sino que disciplina una institución que, si bien no es de Derecho natural, representa un recurso jurídico necesario para la convivencia social y útil para la propia satisfacción de los ciudadanos,³⁰ pues se impone verdaderamente, aun desde el punto de vista racional, allí donde existe un núcleo de familia, trascendiendo los límites impuestos a las relaciones de la persona y de su voluntad con las cosas de este mundo.³¹

Tanto no es la institución testamentaria una categoría eterna y absoluta que se imponga al ordenamiento jurídico positivo, que las normas del Derecho sucesorio burgués liberal son producto de un acarreo histórico cuyo origen se debe encontrar en los siglos XV y XVI y aun antes, y sirvieron al modelo de economía liberal basado en la propiedad de la tierra; pero hoy son normas insuficientes, ante una infraestructura política y económica ya no basada en la propiedad de la tierra, ni en la transmisión de los bienes a través de la familia, sino que gira alrededor de la propiedad de capitales, a través de la empresa y la sociedad de consumo, que ha transferido a otro ámbito el entorno propio de la circulación de los bienes de capital. Por ello, la fisonomía del derecho de testar constituye la racionalización de un determinado régimen de relaciones socio-económicas y políticas que lo predeterminan y condicionan, y no una entidad conceptual *a priori*, como si fuesen inmutables o eternos.³²

A todo evento, tal vez la verdad pueda hallarse en una conciliación de las ideas, al expresar con D'Aguesseau, que la facultad de testar es una invención del derecho de gentes autorizada por el Derecho civil.³³

²⁹ Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, p. 7.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 462 del 6 de abril del 2001, estableció sobre el derecho de propiedad privada lo siguiente: "...la Constitución reconoce un derecho de propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Esta noción integral del derecho de propiedad es la que está recogida en nuestra Constitución, por lo que los actos, actuaciones u omisiones denunciados como lesivos del mismo, serían aquellos que comporten un desconocimiento de la propiedad como hecho social, a lo que se puede asimilar situaciones que anulen el derecho sin que preexista ley alguna que lo autorice". Disponible en: <http://www.tsj.gov.ve>

³⁰ Puig Peña, F. *Ob. Cit.*, pp. 80-81.

³¹ Polacco, V. *Ob. Cit.*, p. 176.

³² Zannoni, E. *Ob. Cit.*, pp. 31-32 y 37-38.

³³ De Gásperi, L. *Ob. Cit.*, p. 187.

1.2 FUNDAMENTO Estrictamente JURÍDICO

Desde un enfoque técnico o formal de la facultad testamentaria dentro del Derecho, se dice que, al encontrarse enraizado con el punto de vista absoluto del derecho de propiedad, el fundamento del testamento lo constituye el poder creador de la voluntad humana verificado en el principio de la autonomía de la voluntad para la transmisión del patrimonio por causa de muerte,³⁴ que inclusive priva sobre la correspondiente normativa legal (Artículo 807 del Código civil), ya que las reglas concernientes al orden de suceder *ab intestato*, no constituyen –en términos generales– materia de orden público, excepción hecha de la institución de la legítima. Dicho principio se explica por razones de consideración y de respeto a la voluntad paterna y por constituir un estímulo al ahorro por parte de personas carentes de familiares cercanos, así como por ser un medio para lograr resultados socialmente interesantes, ya que suele utilizarse para desarrollar actividades benéficas, culturales, científicas, etc.³⁵

Así, si la ley presume que las personas contratan para sí y para sus herederos y causahabientes, salvo que se haya convenido expresamente lo contrario o cuando ello no resulte de la naturaleza del contrato (Artículo 1163 *eiusdem*), entonces la sucesión *mortis causa* viene a ser una institución impuesta por la necesidad de mantener en el tiempo las situaciones jurídicas nacidas de las relaciones y actos constitutivos del patrimonio de cada persona natural, más allá del hecho de su muerte, a fin de que no estén limitados a la contingencia de su vida, no extinguiendo, en lo particular, los derechos y obligaciones personales o de crédito, salvo los derechos y obligaciones personalísimos e *intuitu personae*, ni pasando a ser *res nullius* los bienes objeto de los derechos reales, pues sino los terceros carecerían de la más elemental seguridad jurídica;³⁶ mientras que la *ratio legis* del testamento consiste en posibilitar al individuo el ejercicio supremo y definitivo del poder de disposición sobre sus cosas y asuntos, constituyendo así una *ratio* individual por la que se protege la voluntad individual, la libertad y la soberanía personal.³⁷ A mayor abundamiento, la potestad de disponer de los bienes para después de la muerte es inseparable de la propiedad, puesto que ésta quedaría reducida a un simple usufructo, si se eliminara el derecho de disposición; además, si sólo se per-

³⁴ Puig Peña, F. *Ob. Cit.*, p. 81.

³⁵ López Herrera, F. *Ob. Cit.*, pp. 151-152; Castán Tobeñas, J. (1979) *Derecho civil español, común y foral*. Madrid: Reus. Tomo 6º, volumen II. p. 13.

³⁶ Esparza Bracho, J. *Ob. Cit.*, pp. 7-8.

³⁷ Pastor Ridruejo, F. (1964) *La revocación del testamento*. Barcelona: Nauta. p. 19.

mitiera la disposición por acto entre vivos, se obligaría al propietario que desea darles un destino en previsión de su muerte, a hacer traspasos en vida o simular enajenaciones.³⁸

Al considerarse como decisiva la voluntad de la ley, en cuanto llama a su auxilio a la voluntad de la persona individual, para determinar a quienes la sucederán en los derechos que a su muerte constituirán su herencia,³⁹ el testamento, entonces, es un acto de autonomía privada, a través del cual es la voluntad del testador la que se pronuncia para la regulación de intereses propios concretos, con la sola característica de que esta regulación se establece para después de la muerte del titular,⁴⁰ momento a partir del cual se resuelve el derecho complejo de propiedad y cada factor o coeficiente que interviene en la formación de la propiedad debe obtener su parte: el individuo, que representa la actividad individual, mediante el respeto de su disposición testamentaria; la familia, que ejerce influencia o colabora con aquél, mediante sus legítimas; el Estado, que tutela tanto al individuo como a su familia, por medio del impuesto de sucesión.⁴¹

A esta tesis se le critica con la siguiente interrogante ¿es racional y lógico suponer que la facultad de testar tenga su fundamento en el derecho de propiedad, cuando las disposiciones testamentarias no pueden tener efecto sino después que el derecho de propiedad se ha extinguido en el testador?⁴² No se puede comprender pues cómo la voluntad testamentaria debe tener eficacia jurídica después de que esa voluntad ya no existe y cuando su titular no es el dueño de aquellos bienes de que se dispone por efecto de la muerte.⁴³

Una solución a tal contradicción lo constituyó la tesis clásica del patrimonio-personalidad, ficción trasplantada del Derecho Romano: la continuación de la personalidad del difunto en los herederos, quienes asumirían los elementos del patrimonio y quedarían obligados en relación a los acreedores,⁴⁴ pero tal dogma clásico está ahora en crisis: la muerte hace cesar y extingue la personalidad así como gran parte de la esfera jurídica e incluso deberes y

³⁸ Borda, G.A. (1975) *Tratado de Derecho civil. Sucesiones*. (4ª ed.) Buenos Aires: Editorial Perrot. Tomo II. p. 165.

³⁹ Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, p. 8.

⁴⁰ Sansó, B. (1984) *Naturaleza jurídica del testamento*. En: *Estudios jurídicos*. Caracas: UCV. p. 39.

⁴¹ Cimbali. *La nueva fase del Derecho civil*. Apud. Castán Tobeñas, J. pp. 13-14.

⁴² Ricci, F. *Ob. Cit.*, p. 229.

⁴³ Puig Peña, F. *Ob. Cit.*, p. 81.

⁴⁴ Kummerow, G. (1980) *Compendio de bienes y derechos reales*. (3ª ed.) Caracas: Magon. p. 11.

derechos patrimoniales del difunto, aunque algunos derechos de estado civil con sus acciones pasan a sus herederos, como la posesión de estado del hijo, la impugnación de la calidad o la investigación, en ciertos supuestos, de la paternidad y la maternidad; mas lo único que subsiste es el patrimonio, por lo que el heredero no es hoy ya un representante del *de cuius*, sino un causahabiente a título universal, un continuador patrimonial, tanto en las relaciones activas como pasivas, de la universalidad llamada herencia, como unidad distinta de sus elementos.⁴⁵ La concepción moderna implica entonces la separación del patrimonio del *de cuius* de los patrimonios de los herederos, pues mientras no se efectúa la partición, los bienes forman una comunidad cuya titularidad se transmite a los herederos, al momento de la muerte del autor de la sucesión, quienes adquieren derecho a la masa hereditaria pero no a las cosas particulares que la constituyen, por lo que se transmiten los derechos particulares a los herederos, al momento de la adjudicación y previo el pago de las deudas del *de cuius* y de los gastos de liquidación.⁴⁶

Por otra parte, no falta la voluntad pues una cosa es la disposición: en el momento de disponer, existe la voluntad; viniendo luego la ejecución, en la que no es necesario ya realmente que siga existiendo la voluntad,⁴⁷ lo que halla explicación en cuanto diversa es la creación *in actu* de una relación jurídica que se constituye perfectamente en el ámbito del Derecho, de la plena efectividad de la misma, la cual se produce *a posteriori* cuando surge la *condictio iuris* de la muerte del causante.⁴⁸

2. DEFINICIÓN

¿Cómo puede ser definido el testamento? El prototipo del negocio jurídico por medio del cual ordena el causante el destino de su patrimonio para después de su muerte, vale decir, del negocio jurídico *mortis causa* o disposición de última voluntad, es el testamento,⁴⁹ en cuanto que, de las dos vocaciones hereditarias, la declaratoria de voluntad del causante es el principio general o prevalente al privar sobre la ley, resultando ser quizás uno de los negocios jurídicos patrimoniales de mayor importancia por los efectos y derivaciones que origi-

⁴⁵ De Ibarrola, A. *Ob. Cit.*, pp. 620-622.

⁴⁶ Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez, R. *Ob. Cit.*, p. 267.

⁴⁷ De Ibarrola, A. *Ob. Cit.*, p. 642.

⁴⁸ D'Amelio, M. *Apud*. Puig Peña, F. *Ob. Cit.*, p. 83.

⁴⁹ Binder, J. (1953) *Derecho de sucesiones*. (Tr.: José Luis Lacruz Berdejo) Barcelona: Labor. p. 38; Barassi, L. (1955) *Instituciones de Derecho civil*. Tr.: Ramón García de Haro de Goytisolo. Barcelona: Bosch. Vol. I. p. 460.

na, sin ser un contrato pues la voluntad del causante determina el destino futuro de las relaciones patrimoniales, aunque se reconoce que en Venezuela la ciudadanía por regla general fallece sin testamento.⁵⁰

2.1 TENDENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO

Existen básicamente dos directrices contemporáneas en materia de definición legal del testamento. La primera se encuentra representada por aquellos códigos civiles que no definen el testamento. Así, en Europa el Código civil alemán de 1896 no define el testamento, mientras el Código civil suizo escrito por el gran jurista Eugen Huber, del 10 de diciembre de 1907 y que comenzó a regir a partir de 1912, en su artículo 467, dice “(...) Chi è capace di discernimento ed ha compito gli anni diciotto può, nei limiti e nelle forme legali, disporre dei suoi beni per atto di ultima volontà”⁵¹ (quien es capaz de discernir y tiene más de dieciocho años puede, con los límites y las formas establecidas en la Ley, disponer de sus bienes por acto de última voluntad).

En América, el Código civil de Ecuador (Codificación N° 000. RO/ Sup 104 de 20 de noviembre de 1970) sólo expresa “Artículo 1016.- Si se sucede en virtud de un testamento, la sucesión se llama testamentaria; y si en virtud de la ley, intestada o *ab intestato*. La sucesión en los bienes de una persona puede ser, parte testamentaria, y parte intestada”.⁵² Tampoco el Código civil de Paraguay de 1986 define el testamento pues sólo refiere “Artículo 2608.- Toda persona que haya cumplido diez y ocho años puede disponer por testamento de la totalidad o parte de sus bienes, conforme a las reglas de este Código”.⁵³ Por su parte, si bien el Código civil brasileño de 1916 definía el testamento: “Art. 1.626. Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”,⁵⁴ el nuevo Código civil de Brasil (Ley N° 10.406, del 10

⁵⁰ Abouhamad Hobaica, C. (1987) *Derecho sucesoral. Nuevas alternativas*. Caracas: Editorial Principios. pp. 184 y 189.

Pero no es un problema exclusivo de nuestro país la ausencia de cultura testamentaria. En el curso de “Derecho superior sucesoral” que nos impartiera durante el año 2004 el Dr. Rafael Bernad Mainar –en el Doctorado en Ciencias, mención Derecho, ofrecido por el Centro de Estudios de Postgrado en Derecho de la Universidad Central de Venezuela–, el prenombrado profesor nos indicó que el mismo problema ocurrió en España y que para lograr la proliferación del testamento la solución por la que tuvo que optar dicho país europeo fue la de, entre otras medidas, prever exenciones tributarias para las sucesiones testamentarias.

⁵¹ Disponible en: <http://www.admin.ch/ch/i/rs/2/210.it.pdf>

⁵² Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/rhj/bases/legisla/ecuador/1.htm>

⁵³ Disponible en: http://comunidad.derecho.org/desvars/cc/CC_2608_2809.txt

⁵⁴ *Apud*. Monteiro, W. (1994) *Curso de Direito civil. Direito das sucessões*. (29ª ed.) Sao Paulo: Saraiva. V.6º. p. 97.

de enero del 2002) trata de abstenerse de definir el testamento y sólo declara “Artículo 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”.⁵⁵

La segunda tendencia en esta materia es mayoritaria y es la representada por aquellos códigos civiles que prevén una definición de testamento. Fassi nos dice que la mayor parte de los códigos definen al testamento caracterizándolo como un “acto de disposición de bienes para cuando el otorgante haya fallecido, y de naturaleza esencialmente revocable”.⁵⁶ En Europa, el artículo 895 del bicentenario Código de Napoleón de 1804 define el testamento como “un acto por el cual una persona dispone, con carácter revocable y para después de su muerte, de todos sus bienes o parte de ellos”.⁵⁷ El Código civil español de 1889, con varias reformas a partir de 1973, nos dice en su artículo 667: “El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos, se llama testamento”.⁵⁸ Entretanto el Código civil italiano de 1865 definía en su artículo 759 “el testamento es un acto revocable por el que alguien, según las reglas legales, dispone para el tiempo en que ya no viva de todos o parte de sus bienes en favor de una o varias personas”,⁵⁹ y el artículo 587 del *Codice civile* italiano de 1942 define el testamento como un “acto revocable con el cual alguien dispone, para el tiempo en que habrá dejado de vivir, de todas las propias riquezas o de parte de ellas”.⁶⁰ El Código civil portugués (Decreto-Ley Nº 47344 del 25 de noviembre de 1966) en su artículo 2.179º prevé “1. Diz-se testamento o acto unilateral e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, para depois da morte, de todos os seus bens ou de parte deles”⁶¹ (se denomina testamento el acto unilateral y revocable por el cual una persona dispone, para después de su muerte, de todos sus bienes o de parte de ellos).

En América, el Código civil de la República Argentina, en la norma del artículo 3607, explica “El testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte”.⁶² El Código civil de Bolivia da una noción del testamento en general en su artículo 1112 “I. Por un acto revoca-

⁵⁵ Disponible en: http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm

⁵⁶ Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, p. 10.

⁵⁷ Disponible en: http://www.legifrance.gouv.fr/html/codes_traduits/civestxt.htm

⁵⁸ Disponible en: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/3T3C1.htm>

⁵⁹ *Apud.* De Ruggiero, R. p. 470.

⁶⁰ *Apud.* Barbero, D. p. 253.

⁶¹ Disponible en: <http://www.mreis.pt/docs/cc.htm>

⁶² Disponible en: <http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm>

ble de última voluntad una persona capaz puede declarar obligaciones o disponer de sus bienes y derechos en todo o en parte, dentro de lo permitido por la ley, para que ese acto tenga efecto después de su muerte (...).⁶³ El Código civil de Chile en el precepto 999 establece: “El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva”.⁶⁴ El nuevo Código Civil de Cuba, Ley N° 59, aprobado por la Asamblea Nacional en su sesión del 16 de julio de 1987 y publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria de 15 de octubre del mismo año, nos dice en su artículo 476: “Por el testamento, una persona dispone de todo su patrimonio o de una parte de éste para después de su muerte, con las limitaciones que este Código y otras disposiciones legales establecen”.⁶⁵ El Código civil mexicano para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal de 1932, en su artículo 1295, es del tenor que sigue: “Testamento es un acto personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz dispone de sus bienes y derechos, y declara o cumple deberes para después de su muerte”.⁶⁶ El Código civil peruano de 1984 prevé en el acápite de su artículo 686 “Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala”.⁶⁷ El Código civil del Uruguay en el artículo 779: “El testamento es un acto esencialmente revocable, por el cual una persona dispone, conforme a las leyes, del todo o parte de sus bienes, para después de su muerte”.⁶⁸

Finalmente, el Código Civil de Lousiana, Estados Unidos de Norteamérica, originalmente de 1870, en su artículo 1571, reformado mediante Acts 1981, N° 919, § 1, efectiva desde el 31 de diciembre de 1981, establece: “A testament is the act of last will clothed with certain solemnities, by which the testator disposes of his property, either universally or by universal title, or by particular title”.⁶⁹ (Un testamento es el acto de última voluntad revestido

⁶³ Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/bolivia/ley11.HTM>

⁶⁴ Disponible en: <http://colegioabogados.org/normas/codice/codigocivil.html>

⁶⁵ Disponible en: http://www.gacetaoficial.cu/codigo_civil.htm

⁶⁶ Disponible en: <http://www.solon.org/Statutes/Mexico/Spanish/libro3/l3t2c1.html>

⁶⁷ Disponible en: <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/peru/e.htm>

⁶⁸ Disponible en: <http://www.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoCivil/1996/l3T4.htm>

⁶⁹ *Apud*. Yiannopoulos, A.N. (Ed.) (1995). *Lousiana Civil Code*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co. p. 296.

con ciertas solemnidades, por el cual el testador dispone de su propiedad, bien a título universal o bien a título particular); mientras el Código civil de la Provincia canadiense del Quebec, aprobado por la Asamblea provincial el 18 de diciembre de 1991 y con entrada en vigor el 1º de enero de 1994, define al testamento en su artículo 704: “A will is a unilateral and revocable juridical act drawn up in one of the forms provided for by law, by which the testator disposes by liberality of all or part of his property, to take effect only after his death”.⁷⁰ (Un testamento es un acto jurídico unilateral y revocable redactado conforme a las formas previstas en la ley, por el cual el testador dispone por liberalidad de toda o parte de su propiedad, para que tenga efecto sólo después de su muerte).

En Venezuela, conforme al artículo 833 del Código Civil de 1942, reformado en 1982, “el testamento es un acto revocable por el cual una persona dispone para después de su muerte de la totalidad o de parte de su patrimonio, o hace alguna otra ordenación, según las reglas establecidas por la Ley”. Se ponen de relieve tres elementos del testamento: la revocabilidad, la disposición para el tiempo de la muerte y la referencia a bienes propios.⁷¹

2.2 PROPUESTAS DOCTRINALES

En lo que toca a la doctrina, a título ejemplificativo, podemos mencionar a Gutiérrez-Alviz quien define el testamento como “acto de voluntad o negocio jurídico *mortis causa*, unilateral y personalísimo, de naturaleza solemne y esencialmente revocable, en el que se inserta la institución de uno o varios herederos, y puede al propio tiempo ordenarse otras disposiciones para que todas produzcan sus efectos a la muerte del testador”,⁷² Valverde dice que “el testamento es un negocio unilateral, personal y autónomo, en el que la voluntad expresada no produce efectos hasta después de la muerte del que lo hace”,⁷³ Jordano Barea explica que el testamento es el “negocio jurídico unilateral, unipersonal, personalísimo, no recepticio, formal o solemne, revocable y de atribución patrimonial a causa de muerte, normalmente gratuita, que opera mediante la institución de heredero o el legado”,⁷⁴ Clóvis Bevilacqua a su vez

⁷⁰ Disponible en: <http://www.canlii.org/qc/laws/sta/ccq/20040802/part1.html>

⁷¹ Cicu, A. (1959) *El testamento*. (Tr.: Fairén Martínez, M.) Madrid: Revista de Derecho privado. p. 9.

⁷² Gutiérrez-Alviz y Armario, F. (1982) *Diccionario de Derecho romano*. (3ª Ed.) Madrid: Reus. p. 663.

⁷³ Valverde y Valverde, C. *Tratado de Derecho civil español*. Tomo V, parte especial, derecho de sucesión *mortis causa*. p. 50. *Apud*. De Ibarrola, A. p. 648.

⁷⁴ Jordano Barea, J. B. (1965) *Teoría general del testamento*. En: *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al Profesor Doctor Don Ignacio Serrano Serrano*. Valladolid. Tomo I. p. 442. *Apud*. Puig Brutau, J. (1977) *Fundamentos de Derecho civil*. Barcelona: Bosch. Tomo V. Volumen II. p. 7.

afirma que “es el acto personalísimo, unilateral, gratuito, solemne y revocable, por el cual alguien, según las prescripciones de la ley, dispone, total o parcialmente, de su patrimonio para después de su muerte; o nombra tutores para sus hijos; o reconoce hijos naturales; o hace declaraciones de última voluntad”;⁷⁵ para Barbero el testamento es “un negocio unilateral y unipersonal, no recepticio, de última voluntad, mediante el cual una persona dispone de sus intereses para el tiempo que siga a su muerte”;⁷⁶ Francesco Galgano, por su parte, analiza la noción de testamento desde sus elementos constitutivos: es un acto revocable, mediante el cual, para el tiempo en que deje de vivir, una persona dispone de todos sus bienes o de parte de ellos.⁷⁷

Como lo hace la inmensa mayoría de los doctrinantes del derecho continental actual, y a pesar de opiniones que declaran que no incluyen en la definición de testamento sus caracteres porque entienden que los mismos no deben en principio ir a la definición sino a la cuestión de la naturaleza jurídica,⁷⁸ López Herrera ofrece una definición doctrinal del testamento que es construida, con base a sus caracteres considerados esenciales o en forma descriptiva: “acto jurídico *sui generis*, unilateral, personalísimo, solemne, de última voluntad y esencialmente revocable, mediante el cual una persona dispone de la totalidad o de parte de su patrimonio, o hace cualquier otro tipo de ordenación”.⁷⁹

En nuestro sentir, si para señalar los límites o fines de la institución testamentaria y lograr en tal sentido una definición “definitoria” mas no “definitiva” de las palabras, que como signos representativos del instituto relativizan la realidad que pretenden captar intelectivamente,⁸⁰ debemos plantear su definición en base a los caracteres que la diferencian de otras instituciones, ya que resulta menester situar la institución en su género, en su especie y en subespecie, y dentro de ésta en su “lugar” correspondiente con sus diferencias específicas, respecto de las demás instituciones en que ella se encua-

⁷⁵ Bevilacqua, C. (1919) *Comentários ao Código Civil*. Tomo VI, art. 1626, Observações 1, p. 80, ed. Rio de Janeiro. *Apud.* De Gásperi, L. p. 202.

⁷⁶ Barbero, D. *Ob. Cit.*, p. 254.

⁷⁷ Galgano, F. (1992) *El negocio jurídico*. (Tr.: Blanco Gascó, F. y Prats Albentosa, L.) Valencia: Tirant lo Blanch. p. 533; Galgano, F. (1993) *Diritto civile e commerciale*. (2ª ed.) Padova: Cedam. Volume quarto. p. 165.

⁷⁸ Puig Peña, F. *Ob. Cit.*, p. 87.

⁷⁹ López Herrera, F. *Ob. Cit.*, p. 152.

⁸⁰ Vallet de Goytisolo, J. B. (2002) *Las instituciones jurídicas: definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones*. En: *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado. Tomo LV, fascículo I. Enero-marzo 2002. p. 19.

dran, por cuanto al ser menos abstracta y más descriptiva la definición de cada institución, más adecuada se hallará a su realidad viva,⁸¹ tal concepción debe ser lo más exhaustiva posible en orden al sistema jurídico de que se trate. Por ello, *data venia* de la autorizada opinión del maestro López Herrera en cuanto a su noción de testamento en el Derecho venezolano, si bien la consideramos correcta, la misma resulta insuficiente por ser incompleta, al no tomar en consideración expresa aspectos tales como el carácter no recepticio del acto de disposición testamentaria, su naturaleza libre y gratuita, así como la exclusividad de otorgamiento por parte de una persona natural.

Proponemos así la siguiente definición de testamento: es un acto jurídico *sui generis*, unilateral, no recepticio, personalísimo, libre, gratuito, de naturaleza solemne, de última voluntad y esencialmente revocable, por cuya vía una persona natural con capacidad para ello dispone, para el tiempo que siga a su muerte, de su patrimonio, en forma total o parcial, o hace ordenación de otros intereses.

3. CARACTERES

En orden a la definición propuesta, los caracteres del testamento en el Derecho civil venezolano son los que siguen:

3.1 *ES UN ACTO JURÍDICO SUI GENERIS*⁸²

Un hecho puede ser definido en su sentido más amplio como “fenómeno perceptible, resultante de una actividad del hombre o de la naturaleza al obrar sobre el mundo exterior, sea o no esa actividad percibida por nuestros sentidos; o, en términos más simples, en el de todo suceso que ocurra en el mundo de nuestras percepciones (...)”.⁸³ Por su parte, hecho jurídico es aquel fenómeno de la experiencia natural o social que adquiere relevancia jurídica, calificada y valorada por el ordenamiento con el fin de vincularle determinados efectos jurídicos, consistentes en la constitución (adquisición), en la modificación o en la extinción de situaciones jurídicas subjetivas, o en otro cambio de la realidad jurídica.⁸⁴ Los hechos jurídicos en sentido amplio, se-

⁸¹ *Ibidem*. pp. 19-20.

⁸² López Herrera, F. *Ob. Cit.*, p. 153; Abouhamad Hobaica, C. (1996) *Anotaciones y comentarios sobre Derecho romano*. Caracas: Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela. Tomo III. p. 64.

⁸³ Aguiar, H. D. (1950) *Hechos y actos jurídicos en la doctrina y en la ley*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. p. 7.

⁸⁴ Bigliazzi Geri, L. et alri (1992) *Derecho civil. Hechos y actos jurídicos*. (Tr.: Hinestrosa, F.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Tomo I, volumen 2. p. 564.

gún la doctrina italiana, se dividen en: i) hechos jurídicos (en sentido estricto), caracterizados por la mera “fenomicidad” (en el sentido de que para el derecho tiene relevancia exclusivamente el evento no humano como tal, o prescinde de si a la ocurrencia del hecho contribuyó o no el hombre); ii) actos jurídicos (en sentido estricto), caracterizados por la voluntariedad (en el sentido de que para el derecho es relevante, a más del evento –comportamiento del hombre– el hecho de que él sea voluntario); iii) negocios jurídicos, caracterizados por el propósito (en el sentido que para el derecho es relevante, a más del evento y la voluntariedad del comportamiento, el fin práctico que el sujeto pretende).⁸⁵

El testamento, si bien tiene una fisonomía propia,⁸⁶ constituye un acto jurídico (en sentido estricto), una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho, siempre y cuando la norma jurídica ampare esa manifestación de voluntad,⁸⁷ vale decir, es un acto producto de la actividad humana hecho con la intención de producir efectos jurídicos,⁸⁸ de establecer relaciones jurídicas a fin de crear, modificar, transmitir o extinguir derechos y obligaciones que produzcan sus consecuencias, después de la muerte del testador,⁸⁹ por lo que debe ser la expresión de la voluntad espontánea, deliberada, esclarecida y libre del testador en pleno ejercicio de su discernimiento⁹⁰ y tener

⁸⁵ *Ibidem*. pp. 572-573.

⁸⁶ López Herrera, F. *Ob. Cit.*, p. 153.

⁸⁷ Rojina Villegas, R. (1976) *Derecho civil mexicano*. (4ª ed.) México: Porrúa. Tomo cuarto. Sucesiones. p. 291.

⁸⁸ De Page, H. (1947) *Traité élémentaire de Droit civil belge. Principes – Doctrine – Jurisprudence*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant. Tome huitième, volume II. p. 920.

⁸⁹ Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez, R. *Ob. Cit.*, p. 275.

⁹⁰ Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, pp. 11-12 y 16. Nos dice este autor que el fin de la espontaneidad se persigue o preserva prohibiendo el pacto sobre sucesión futura, los testamentos mancomunados o recíprocos y especialmente la influencia de terceros en la formación y exteriorización de la voluntad testamentaria, de lo que se extrae que el testamento por fuerza se anula; que la substracción permite producir la prueba del testamento y de su contenido y ejecutarlo, o reclamar daños y perjuicios; que no valdrá la revocación que sea el resultado de la fuerza o el fraude; que si se impidió que se otorgara el testamento, no habrá voluntad testamentaria útil, aunque pudiera probársela, en cuyo supuesto habrá contra el culpable, adicional a la acción de indignidad, la de daños y perjuicios, si los hechos impositivos fueron idóneos, no otorgando oportunidad al testador de disponer una vez que ellos cesaron; y que los terceros, en general, no pueden influir sobre el testador, excediendo de una cooperación espiritual, mediante consejos que mermen la decisión final, ya que el testamento por captación se invalida. *Ibidem*. pp. 16-17.

En un fallo de un juez argentino de primera instancia, Dr. Tezanos Pinto, del 23 de febrero de 1928, se dice: “desde que la ley pone como condición de validez del testamento la salud espiritual del testador, toda maniobra que vicie su voluntad está proscrita... En el lenguaje corriente, la palabra captación, del latín *captatio*, significa atraer la voluntad, benevolencia o atención de otro con palabras halagüeñas, con la dulzura del trato, con el discurso elocuente o con otros medios; pero, en derecho, para que la captación

un contenido lícito y posible.⁹¹ Se debe diferenciar así el testamento documento del testamento negocio, que es una contraposición entre el instrumento que contiene las últimas voluntades y esas mismas últimas voluntades, ya que el contenido es un acto y el documento una cosa.⁹²

El evento muerte, en este sentido, tiene una doble función: es un requisito necesario para la eficacia del negocio sólo en relación al sujeto destinatario del acto; pero dicho acto frente al causante se manifiesta como un acto de autonomía privada desde el momento mismo en que se ha formado,⁹³ por lo que es un acto instantáneo, vale decir, perfecto con la actualidad de sus presupuestos (capacidad de obrar) y de sus requisitos de sustancia y de forma, en el momento de la confección (*testamenti factio*), y capaz de producir sus efectos *post mortem*, con tal de que no sea revocado.⁹⁴ Así, como enseña Galgano, el efecto jurídico propio del testamento es la vocación hereditaria, verbigracia, “la puesta a disposición” de la herencia a favor de los herederos instituidos; mientras el efecto más complejo de la sucesión resulta del concurso de dos actos: el testamento de un lado y la aceptación de otro.⁹⁵

Tomando en consideración lo anterior, resulta inexacta la afirmación de Granadillo en el sentido de que la validez del testamento está sujeta al fallecimiento del testador,⁹⁶ salvo que se limite su referencia a los efectos de la muerte del testador sobre los derechos hereditarios de los llamados a suce-

haga nulas las disposiciones en que interviene, es preciso que medie dolo o artificio. Por eso puede decirse que la captación no vicia la voluntad del disponente cuando se basa en la simpatía personal, en medios naturales afectivos, como una asidua atención o cuidado, en dulces expresiones de voz, pues en el derecho la simple *captus dulcedine vocis* no basta, siendo necesario que medien artificios, astucias o maquinaciones, aseverando lo falso o disimulando lo verdadero, una de cuyas formas más comunes consiste en la creación de una fuerte esperanza en el ánimo del enfermo, tal como puede hacerla concebir el médico o el sacerdote, prometiéndole la salvación terrestre o eterna”. *Apud*. Arias, J. *Derecho sucesorio*. 2ª ed.) Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft. pp. 148-149.

⁹¹ Messineo, F. *Ob. Cit.*, p. 75.

⁹² Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, p. 11.

⁹³ Cicu precisa, para demostrar el momento del perfeccionamiento del testamento, que su revocación da por supuesta la existencia del negocio que se trata de revocar y que para juzgar de la validez de la voluntad y de la validez formal del testamento ha de considerarse únicamente el momento en que fue hecho el mismo, por lo que si antes de la muerte aparece una nueva norma legal que modifique las formas, el testamento que se hizo siguiendo la ley anterior seguirá siendo válido. *Cfr*: Cicu, A. *Ob. Cit.*, pp. 22-23.

⁹⁴ Barbero, D. *Ob. Cit.*, p. 255.

⁹⁵ Galgano, F. (1992) *El negocio jurídico*. (Tr.: Blanco Gascó, F. y Prats Albetosa, L.) Valencia: Tirant lo Blanch. p. 533.

⁹⁶ Granadillo C., V. L. (1981) *Tratado elemental de Derecho civil venezolano*. (4ª ed.) Caracas: Magón. Tomo IV. p. 182.

der *ex testamento*. Desde ese aspecto, el hecho muerte del testador configura un requisito de perfección del negocio en relación de los terceros interesados, para los cuales el acto, entre su formación y el evento de la muerte del testador no es perfecto, es solamente un acto *in itinere*, considerado substancial y formalmente como no realizado,⁹⁷ no confiriendo ningún derecho, ni condicional ni expectatio,⁹⁸ pues el testamento, perfecto o válido desde el momento de su otorgamiento porque existe capacidad del otorgante, objeto, forma y causa, sufre de ineficacia pendiente: la muerte del otorgante viene a constituir la *condictio*, fuera del acto o negocio testamentario como tal, que le confiere, a partir de entonces, eficacia definitiva.⁹⁹

Además, la muerte hace referencia a la causa del acto, y no sólo a la determinación del momento de su eficacia, pues el testamento tiene la función de regular la sucesión del testador, en forma diversa a las normas sobre sucesión *ab intestato* y dentro de los confines determinados para la institución de la legítima.¹⁰⁰

3.2 ES UN ACTO UNILATERAL O UNIPERSONAL

No puede realizarse en conjunto,¹⁰¹ pues, faltando la base misma de un contrato, el acuerdo entre las partes, el encuentro de voluntades entre testador y aceptante,¹⁰² por efecto de no haber el concurso simultáneo (como en los contratos) o sucesivo (como en la donación) de otra voluntad,¹⁰³ el testamento resulta en un negocio jurídico unilateral, ya que debe contener sólo la declaración de voluntad de una parte,¹⁰⁴ la del testador, que no puede estar mezclada o atada a otras declaraciones de voluntad,¹⁰⁵ ni tiene necesidad de una voluntad receptiva o aceptante.¹⁰⁶

⁹⁷ Sansó, B. *Ob. Cit.*, pp. 36 y 38.

⁹⁸ Dominici, A. (1982) *Comentarios al Código civil venezolano (reformado en 1896)*. (3ª ed.) República Dominicana: Librería Destino. Tomo segundo. p. 55.

⁹⁹ Zannoni, E. *Ob. Cit.*, p. 247.

¹⁰⁰ Galgano, F. *Ob. Cit.*, p. 538.

¹⁰¹ Viso, L. R. (s/f) *Derecho de las sucesiones. Código civil 1.982 y Código de procedimiento civil 1.986*. Maracaibo. (s/E) p. 63.

¹⁰² Sansó, B. *Ob. Cit.*, p. 39; Granadillo C., V. L. *Ob. Cit.*, p. 183; De Ibarrola, A. *Ob. Cit.*, p. 647; para apreciaciones sobre el Derecho Romano *Vid.* Biondi, B. (1955) *Successione testamentaria e donazioni*. (2ª ed.) Milano: Giuffrè. pp. 25-26.

¹⁰³ Venzi, G. (1937) *Manuale di Diritto civile italiano*. (Ottava edizione stereotipa riveduta) Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese. p. 678.

¹⁰⁴ Lehmann, H. (1956) *Tratado de Derecho civil. Parte general*. (Tr.: Navas, J.) Madrid: Revista de Derecho Privado. Vol. I. p. 224.

¹⁰⁵ Cicu, A. *Ob. Cit.*, p. 28; Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, p. 21.

¹⁰⁶ Borda, G. A. *Ob. Cit.*, p. 166.

De lo anterior se desprende, por una parte, que la aceptación de la herencia o del legado es otro acto jurídico unilateral autónomo, y por la otra, que se prohíben los pactos sucesorios, sean éstos institutivos –donde se dispone de la herencia propia para después de la muerte–, renunciativos –por el cual una persona renuncia a la herencia en vida del *de cuius*– o dispositivos –por el que una persona dispone de los bienes que heredaría en vida del *de cuius*–,¹⁰⁷ al ser “inexistente la venta de los derechos sobre la sucesión de una persona viva aún con su consentimiento” (Artículo 1.484 del Código civil), pues en el contrato y en la donación universal nunca hay transmisión total de un patrimonio a título universal, siendo el testamento la única forma de transmisión universal por acto jurídico: se extingue la capacidad de goce de la persona y su patrimonio potencial deja de tener posibilidad de realización.¹⁰⁸ A ello cabe agregar que el testamento contractual o contrato sucesorio, al no ser un negocio jurídico “de última voluntad”, implica un vínculo irrevocable entre la voluntad del testador y la del heredero, por lo que, como explicaremos *infra*, no puede admitirse.¹⁰⁹

Asimismo, no se permite y son nulos el testamento conjunto o mancomunado, ya se trate de testamento colectivo –dos o más otorgantes disponen, en un mismo acto, verbigracia, con un mismo negocio a firma de varios testadores,¹¹⁰ a favor de una misma tercera persona o de diferentes terceras personas– o el testamento recíproco –dos o más otorgantes disponen en un mismo acto, cada uno en beneficio de todos o de algunos de los restantes otorgantes–,¹¹¹ pues irían en contra del principio de la revocabilidad del testamento y la seguridad jurídica (Artículo 835 *eiusdem*), al constituir la expresión de última voluntad de dos o más personas formando una unidad intelectual, vale

¹⁰⁷ Viso, L. R. *Ob. Cit.*, pp. 65-66.

¹⁰⁸ De Ibarrola, A. *Ob. Cit.*, p. 648.

¹⁰⁹ Binder, J. *Ob. Cit.*, p. 39; Barassi, L. *Ob. Cit.*, p. 461.

¹¹⁰ Barassi, L. *Ob. Cit.*, p. 462; Viso, L. R. *Ob. Cit.*, p. 64.

¹¹¹ Las Partidas (5ª, 11, 33) prohíben el testamento recíproco “porque ninguno dellos non aya ocasión de se trabajar de muerte del otro por razón de heredarle lo suyo”, salvo cuando “tal promission fiziessen dos Caualleros, entre si, queriendo entrar en batalla”. Se conoce sin embargo que el derecho romano autorizó el pacto sucesorio si contaba con la conformidad del causante (Cód. II, 3, 30) y “perseverase en su voluntad hasta su muerte”. *Cfr.* Arias, J. *Ob. Cit.*, pp. 133-134.

decir, un solo acto o negocio jurídico *mortis causa*,¹¹² en el entendido que la prohibición comprende únicamente el testamento hecho por varias personas en el mismo acto.¹¹³

En tal sentido, la doctrina con acierto precisa que la mancomunación tiene que ser necesariamente material, en el sentido de tratarse de un solo testamento, otorgado por dos o más personas, y que sólo en este caso debe concurrir, además, la mancomunación intelectual, pues, por ejemplo, la unión meramente física, producto de haber testado dos personas en la misma hoja de papel, cada una por su propia cuenta, una a continuación de la otra, o una a cada carilla –en el reverso y en el reverso de la hoja de papel–, bien a favor de la misma persona o en provecho recíproco (testamento simultáneo), no impide que haya dos testamentos distintos y válidos; siendo también testamentos distintos, aun cuando en cada uno de los actos separados se sometan las liberalidades a la condición de que subsistan los legados contenidos en el otro testamento.¹¹⁴ En opinión divergente, López Herrera entiende que los

¹¹² Zannoni, E. *Ob. Cit.*, p. 250. Se plantea que, pese a refutarse el argumento principal sobre la inconciabilidad del testamento conjunto con la revocabilidad de las disposiciones para después de la muerte mediante el argumento de que se puede admitir que quede parcialmente sin efecto la prohibición por la voluntad unilateral de cada testador, vale decir, que el motivo de la prohibición no se halla tanto en la revocabilidad, ya que nada impediría que el autor de un testamento conjunto lo revocase por su sola cuenta, sino en el propósito de que se haga con total libertad, sin ninguna influencia extraña (Fornieles, S. [1958] *Tratado de las sucesiones*. [4ª ed.] Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina. Tomo II. pp. 149-150; Machado. Exposición y comentario del Código civil argentino. IX. p. 457. *Apud*. Fassi, S. C. p. 25), ello premiaria la mala fe del que acordó con otro determinado testamento y luego deja sin efecto el propio, cuando quizás el cotestador ha muerto y se ha transmitido su sucesión como el sobreviviente quería, y el fallecido consistió en base a la reciprocidad establecida (Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, p. 25, con sustento en Baudry-Lacantinerie y Colin. *Traité théorique et pratique de droit civil. Donations entre vifs et des testaments*. II. N° 1850. p. 18, y en Sánchez Román. Estudio de derecho civil. Derecho de sucesión mortis causa. VI-I. p. 311). En efecto, la prohibición del testamento colectivo tiene su razón de ser en que impediría a cada uno de los disponentes revocar el testamento, lo cual afecta el carácter unilateral y revocable de las disposiciones de última voluntad. Respecto del testamento recíproco se sostiene que la prohibición de la ley no comprende los testamentos separados recíprocos, porque las disposiciones testamentarias de cada uno de los otorgantes son intelectualmente separables en actos unilaterales autónomos, aunque aclara que si uno de los testadores revocara su testamento, las disposiciones contenidas en el otro no conservan su eficacia, al provocar su anulabilidad por tratarse de un supuesto particular de error sobre la causa de la disposición testamentaria. *Vid.* Zannoni, E. *Ob. Cit.*, pp. 250-252; De Gásperi, L. *Ob. Cit.*, p. 193. Tampoco impide que en actos separados dos personas testen a favor de idénticos beneficiarios. *Vid.* De Gásperi, L. *Ob. Cit.*, p. 193; Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, p. 22, quien sustenta su opinión, entre otros, en Zacharie. *Le droit civil français*. III. § 431. p. 81 ; Aubry et Rau. V. § 667. pp. 494-495; Demolombe. *Cours de Code Napoléon*. *Traité des donations et des testaments*. XXI. N° 14. pp. 12-13 ; N° 18. pp. 15-16 ; Planiol, Ripert y Trasbot. V. N° 528. pp. 546-547 ; Mazeaud & Mazeaud. IV-II. N° 966. p. 354.

¹¹³ De Gásperi, L. *Ob. Cit.*, p. 193.

¹¹⁴ Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, p. 23, basado fundamentalmente en apreciaciones de Demolombe. *Ob. Cit.*, XXI. pp. 13 y siguientes; Barassi, L. *Ob. Cit.*, p. 462; Fornieles, S. *Ob. Cit.*, p. 150.

testamentos otorgados de manera conjunta implican, en cualquier caso, una legalmente prohibida unión meramente física.¹¹⁵

¿Será el testamento en realidad un anteacto? Se ha sostenido que el testamento no resulta un acto jurídico unilateral, sino un anteacto, por virtud del cual se ofrece el todo o parte de los bienes a los instituidos como herederos o legatarios, ofrecimiento el cual se torna irrevocable por la muerte del testador y que se perfecciona como acto jurídico bilateral con la aceptación del instituido, por lo que constituiría una oferta *post mortem*.¹¹⁶ Así se manifestaban Planiol y Ripert, para quienes el testamento es una oferta hecha por el difunto que requiere ser aceptada; por tanto hay algo semejante a un acuerdo de voluntades, el cual se produce más allá de la muerte, aunque reconocen que las dos voluntades no son coexistentes y contemporáneas como deben ser en la convención.¹¹⁷

Se critica a esta tesis que, si bien es cierto que la voluntad del causante no se cumplirá si los llamados no aceptan la herencia por vía de la renuncia o el transcurso del tiempo, el acto testamentario, independientemente de todo acto de terceros —pues están prohibidos los pactos sucesorios y cuando la voluntad del heredero puede manifestarse, ya la del testador no existe—, crea con plena eficacia la vocación sucesoria y otras consecuencias jurídicas, dependiendo su vigencia no de la aceptación sino del fallecimiento o presunción de fallecimiento del disponente, por lo que esa aceptación, al simplemente consolidar un llamamiento a la herencia o al legado, no resulta integrativa de un acto jurídico único y bilateral, en tanto no da nacimiento a la calidad hereditaria por ser ésta anterior al acto de aceptación, y constituir un derecho que, sobreviviendo, el heredero transmite a sus propios sucesores.¹¹⁸

A tal efecto, respecto del testamento no puede utilizarse el concepto de “enajenación” por cuanto la separación del derecho del disponente tiene lugar con la muerte de éste y al mismo no está ni causal ni cronológicamente ligada la adquisición de tal derecho por parte del heredero, ya que es preciso un negocio distinto y separado (la aceptación de la herencia) para que el heredero adquiera el derecho sobre los bienes hereditarios, mientras tanto, el

¹¹⁵ Cfr. López Herrera, F. *Ob. Cit.*, pp. 155-156.

¹¹⁶ Demogue. *Traité des obligations en général*. II. N° 466. pp. 6-7; Cimbali. *Il possesso per acquistare i frutti*. En : *Opere compléte*. 1897-1912. IV. p. 408; Cimbali. *Il testamento é contratto?* En: Filangieri. pp. 265-274; Buniva. *Delle successioni legittime e testamentarie*. N° 100-101. *Apud*. Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, p. 12.

¹¹⁷ Cfr. Planiol, M. y Ripert, G (1997) *Derecho civil*. (Tr.: Pereznieta Castro, L.) México: Harla. p. 488.

¹¹⁸ Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, pp. 12-13.

heredero tiene, antes de la declaración de la aceptación, sólo el derecho al derecho sobre los bienes.¹¹⁹

En consecuencia, se afirma que la aceptación no tiene relación con la herencia ni con el testamento, y es tal voluntad igualmente un acto jurídico unilateral, por lo que la aceptación eventualmente contenida en el testamento lo somete a la nulidad.¹²⁰

3.3 ES UN ACTO NO RECEPTICIO

La declaración de última voluntad no se dirige a ninguno de los presentes para fundamentar la confianza ajena,¹²¹ no es una declaración dirigida a personas llamadas a suceder, sino que se dirige a la posteridad,¹²² creando vocaciones, llamamientos concretos a la sucesión, por lo que el testamento es perfecto antes de la aceptación de los instituidos, de modo tal que si éstos renunciaren a su llamamiento, habrán dejado de adquirir lo que el testamento les defería, pero ello no hace a la perfección del testamento.¹²³ En fin, es natural que quien dispone de sus propios bienes, no tenga que ponerlo en conocimiento de otros,¹²⁴ ya que, como explica Lehmann, las declaraciones de voluntad no recepticias, cuya eficacia se produce con la emisión de la declaración, son aquellas que no tienen destinatario determinado, por afectar a un número indeterminado de personas, y son por lo general formales, a efecto de garantizar la seriedad, madurez y claridad de la exteriorización de la voluntad.¹²⁵

3.4 ES UN ACTO PERSONALÍSIMO

Debe ser un acto rigurosamente personal del testador en cuanto a la formación y expresión de su voluntad,¹²⁶ no sólo en el sentido que debe contener su voluntad personal, sino también por cuanto es un acto que no puede contener otra voluntad que la suya,¹²⁷ requiriendo ser otorgado directamente por la misma

¹¹⁹ Cariota Ferrara, L. (1956) *El negocio jurídico*. (Tr.: Albaladejo, M.) Madrid: Aguilar. pp. 223-224.

¹²⁰ Cian, G. e Trabucchi, A. (1992) *Commentario breve al Codice Civile*. (4ª ed.). Padova: Cedam. p. 497.

¹²¹ Zannoni, E. *Ob. Cit.*, p. 485.

¹²² Sansó, B. *Ob. Cit.*, p. 37.

¹²³ Zannoni, E. *Ob. Cit.*, p. 249; Borda, G. A. *Ob. Cit.*, p. 166.

¹²⁴ Branca, G. (1978) *Instituciones de Derecho privado*. (Tr.: Macedo, P.) México: Porrúa. p. 616.

¹²⁵ Lehmann, H. *Ob. Cit.*, p. 225.

¹²⁶ De Cossio, A. (s/f) *Instituciones de Derecho civil*. Alianza Universidad. Tomo 2. p. 878; De Ibarrola, A. *Ob. Cit.*, p. 647.

¹²⁷ Cicu, A. *Ob. Cit.*, p. 24.

persona de cuya sucesión se trata, pues no es un acto susceptible de representación,¹²⁸ en el sentido que no se puede hacer por poder, ni general, ni especial.¹²⁹ En consecuencia, la doctrina clásica francesa de manera mayoritaria (a favor: Toullier, Demolombe, Zacharie, Aubry y Rau; en contra: Troplong y Massé y Vergé) ha opinado que el testador no sólo no puede hacer depender la existencia misma del legado del *merum arbitrium* de un tercero o del heredero, sino también sus efectos, en lo que toca a la designación del legatario, por lo que no podría él conferir a nadie la facultad de elegir, sea indefinidamente, sea entre varios individuos indicados en el testamento, el beneficiario del legado. Por el contrario, Troplong había admitido la validez de la elección confiada a un tercero, siempre que haya de ejercerse entre cierto número de personas designadas por el propio testador (*ex certo genere*).¹³⁰

No admite el testamento, entonces, la representación propia (la sustitución por un tercero de la voluntad de la persona de cuyo testamento se trata, como en el caso del incapaz, por su representante legal; salvo la excepción al principio prevista en el artículo 966 del Código civil, el cual autoriza que “el padre y en su defecto la madre, podrán hacer testamento por el hijo incapaz de testar para el caso en que éste muera en tal incapacidad, cuando el hijo no tenga herederos forzosos, hermanos ni sobrinos”) o la representación impropia (manifestación por un tercero, de la voluntad de la persona de cuyo testamento se trata, caso del otorgamiento de testamento por medio de mandatario o apoderado; regla sin excepciones).¹³¹ Pero semejante prohibición no alcanza al notario, registrador, abogado o, simplemente, al particular que le redacta un proyecto al que ha de testar, pues lo que prohíbe es, por ejemplo, el testamento por comisario que autorizaban las antiguas leyes españolas de Toro (31 a 39), el cual podía ser hecho por un mandatario especial del causante, pero sujeto a diversas limitaciones.¹³²

La razón estriba en que se desea asegurar que el testamento sea la expresión auténtica de la voluntad del causante, al evitar que el representante traicione

¹²⁸ De Page, H. *Ob. Cit.*, p. 938; Rojina Villegas, R. *Ob. Cit.*, p. 293; para una perspectiva del punto sobre el Derecho Romano *Vid.* Biondi, B. *Ob. Cit.*, pp. 23-24.

¹²⁹ Granadillo C., V. L. *Ob. Cit.*, p. 186.

¹³⁰ De Gásperi, L. *Ob. Cit.*, p. 190.

¹³¹ López Herrera, F. *Ob. Cit.*, p. 156. El Código civil peruano de 1984 prevé en tal sentido: “Artículo 690.- Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, quien no debe dar poder a otro para testar, ni dejar sus disposiciones al arbitrio de un tercero”.

¹³² Arias, J. *Ob. Cit.*, p. 135.

el pensamiento de aquél y disponga de sus bienes de una manera diversa a la que era su real voluntad, máxime cuando, habiendo muerto el mandante, será prácticamente imposible probar que se ha desviado del mandato y responsabilizarlo por las consecuencias de su culpa o dolo.¹³³ De manera tal que la indelegabilidad alcanza no solamente al contenido del testamento sino también a su formación.¹³⁴

3.5 *ES UN ACTO LIBRE*

No puede el testador obligarse por contrato o por convenio a no testar, o a testar bajo ciertas condiciones, o a transmitir por testamento sólo parte de sus bienes y reservar otra parte para sus herederos legítimos y, en consecuencia, cualquier pacto que restrinja la facultad libre de testar, o que implique renuncia de ella, es también inexistente por una imposibilidad jurídica.¹³⁵ Sin embargo, se observa que en vez de “libre”, el testamento debe ser “autónomo”, pues el testador no necesita autorización de nadie, y la palabra “libre” no hace resaltar ningún elemento nuevo, ya que todo acto o contrato necesariamente debe serlo.¹³⁶ Desde otro ángulo se explica que debe estar hecho sin violencia, dolo ni fraude, aunque se observa que tal carácter es igualmente común a todos los actos jurídicos.¹³⁷ Para conciliar ambas posiciones se ha expresado que el testamento es un acto jurídico libre desde dos puntos de vista: primero, como requisito de todo acto jurídico que puede ser invalidado porque el autor carezca de plena libertad, sea por error, dolo o fraude, vale decir, engaño que motive el contenido del testamento, o bien por acto de violencia física o moral; segundo, se desea que el testamento no sea el resultado de una obligación contractual, aunque puede serlo de un deber moral, sea por vínculos familiares o por reparación de un daño, como en los supuestos del reconocimiento de un hijo extramatrimonial, el legado a una antigua sirvienta o el pago de una deuda prescrita.¹³⁸

3.6 *ES UN ACTO GRATUITO*

Si bien el Código civil no lo dice expresamente, puede entenderse que el testamento constituye un acto jurídico a título gratuito, en el sentido de ma-

¹³³ Borda, G.A. *Ob. Cit.*, p. 166.

¹³⁴ Fassi, S.C. *Ob. Cit.*, p. 31.

¹³⁵ Rojina Villegas, R. *Ob. Cit.*, pp. 296-297.

¹³⁶ De Ibarrola, A. *Ob. Cit.*, p. 646; también Valverde y Valverde, C. *Ob. Cit.*, p. 50. *Apud.* De Ibarrola, A. p. 648.

¹³⁷ Castán Tobeñas, J. *Ob. Cit.*, p. 21.

¹³⁸ Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez, R. *Ob. Cit.*, p. 277.

nifestación de voluntad unilateral de última voluntad, mediante el cual se concede a determinada persona cierta ventaja, patrimonial o personal, sin contraprestación equivalente por parte de quien obtiene el beneficio,¹³⁹ de modo tal que, aunque coexista con él algún elemento oneroso, como la imposición de una prestación de otro al testador, cumplida o a cumplirse, o presencia de una carga impuesta al heredero respecto del testador, las mismas no lo desvirtúan, salvo que éste sea preponderante.¹⁴⁰

¿Será el testamento entonces un acto de liberalidad? De Gásperi nos dice que el testamento es, como la donación entre vivos, un acto de liberalidad, ya que, salvo el legado con cargo, es más que gratuito, pues contratos hay, como el mandato, el mutuo, el comodato, los cuales pueden ser o son gratuitos, sin ser siempre actos de liberalidad o de beneficencia, pues el mandato deja de serlo cuando se estipulan honorarios o salarios; el mutuo cuando mutuante y mutuario convienen expresamente el pago de intereses; y el comodato, como contrato bilateral que es, implica obligaciones a cargo del comodatario.¹⁴¹ Por su parte, Galgano dice que al disponerse a través del testamento de todos los bienes propios o de parte de ellos, alguien se enriquece por ánimo de liberalidad, ya que el testador deroga el orden de la sucesión legítima y, en los límites de la cuota disponible, decide a quién se atribuirán sus bienes.¹⁴² A su vez, Puig Peña sostiene análogamente que el testamento, por una parte, es siempre técnicamente un “acto gratuito”, pues el beneficiario de la herencia puede recibir ésta sin esfuerzo de actividad alguna y mucho menos de contraprestación, aunque económicamente no lo sea, y es también un “acto de liberalidad”, pues hay “ánimo de favorecer” como momento subjetivo situado en la persona del testador; y por otra parte, que los autores que estiman que el testamento debe considerarse siempre como una figura de “resultado”, vale decir, que será acto de liberalidad cuando el heredero reciba un incremento en su patrimonio, y por el contrario, dejará de serlo, por ejemplo, en la hipótesis de la *hereditas damnosa*, confunden la liberalidad con la gratuidad.¹⁴³

¹³⁹ Argeri, S. (1982) *Diccionario de Derecho comercial y de la empresa*. Buenos Aires: Astrea. pp. 22-23; Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, p. 38.

¹⁴⁰ Monteiro, W. *Ob. Cit.*, p. 98, con apoyo en Orosimbo Nonato. Estudos sobre sucessão testamentária. Tomo 1. p. 193; Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, p. 38; para el Derecho Romano ver Biondi, B. *Ob. Cit.*, pp. 24-25.

¹⁴¹ De Gásperi, L. *Ob. Cit.*, pp. 193-194.

¹⁴² Galgano, F. *Ob. Cit.*, p. 540.

¹⁴³ Puig Peña, F. *Ob. Cit.*, pp. 88-89.

De Ruggiero, entendiendo la gratuidad como la liberalidad objetivamente considerada, esto es, como adquisición sin compensación, y la intención de beneficiar como el aspecto subjetivo de la misma, que manifiesta que la atribución patrimonial o enriquecimiento ha sido querida por el causante con ánimo liberal, como un fin en sí mismo y al propio tiempo que la espontaneidad,¹⁴⁴ sostiene, respecto de la supuesta liberalidad del testamento, una respuesta negativa, en nuestro sentir de manera atinada, pues, una herencia puede ser pasiva y representar una carga muy gravosa para el heredero que la acepte pura y simplemente, o puede también una herencia activa ser tan gravada con legados, que agoten todo el haber, o puede concederse un legado con tantas cargas, que las mismas anulen el beneficio, o puede que una disposición testamentaria resulte lucrativa pero incluso faltar el ánimo o intención liberal.¹⁴⁵

En efecto, el testamento puede no suponer contravalor de la ventaja adquirida, sino que sea únicamente una disminución del valor de la atribución patrimonial, un modo, como cuando un investigador nombra heredero a su sobrino, que es terrateniente, encargándole que haga donación de sus libros a la biblioteca de la universidad.¹⁴⁶ Además, si el heredero instituido acepta una sucesión insolvente, no sólo podrá quedar privado de todo beneficio, sino experimentar una pérdida, por motivo de su responsabilidad que puede llegar a ser *ultra vires hereditatis*; siendo que tampoco habrá beneficio a favor del instituido si se equilibran el activo y el pasivo transmitidos, además que las cargas impuestas pueden transformar en onerosa su aceptación.¹⁴⁷ A todo evento, la causa liberal no parece constituir una característica esencial del testamento en orden a la crítica realizada.

3.7 ES UN ACTO SOLEMNE

Una sentencia de nuestra Casación afirmó: “El testamento no es, como lo aseguran algunos, el simple cuerpo de las disposiciones testamentarias, sino el instrumento contentivo de éstas con el aditamento de la nota o notas que hagan mención expresa de haberse llenado en el acto del otorgamiento todos los requisitos de Ley, vale decir, el acta que expresa en conjunto las voluntades del testador y la constancia de haberse llenado las formalidades que debe

¹⁴⁴ De Ruggiero, R. *Ob. Cit.*, Tomo II, volumen I. pp. 478-479.

¹⁴⁵ *Ibidem*. Tomo II, volumen II. p. 472. En el mismo sentido, Messineo, F. *Ob. Cit.*, p. 74; y Cian, G. e Trabucchi, A. *Ob. Cit.*, p. 497.

¹⁴⁶ Lehmann, H. *Ob. Cit.*, p. 230.

¹⁴⁷ Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, p. 39.

cumplir y hacer constar el Registrador”.¹⁴⁸ Esto es, siendo que en el testamento son requisitos de validez las solemnidades legales,¹⁴⁹ constituye entonces un acto formal de solemnidad absoluta o *ad substantiam*, pues la forma establecida por la ley tiene carácter constitutivo, en tanto no hay acto si la regla formal no es cumplida,¹⁵⁰ por lo que para que el acto tenga validez tiene que ser efectuado con cumplimiento de determinadas formalidades legales para la defensa misma de la voluntad del causante y cuyo incumplimiento acarrea la nulidad absoluta.¹⁵¹ Hay entonces una dualidad de declaraciones en los documentos que contienen actos jurídicos unilaterales como el testamento, por una parte, una declaración de ciencia sobre ciertos hechos que allí se narran (por ejemplo, que el testador concurrió ante un registrador o un

¹⁴⁸ Sentencia de la Corte de Casación, Sala Civil, Mercantil y del Trabajo, publicada en su memoria del año 1935, p. 389, y resumida por Acuña, A. (1943) Jurisprudencia ordenada de la Corte Federal y de Casación de Venezuela (memorias de 1935 a 1942). Caracas: Editorial Las Novedades. p. 287. *Apud*. Farrera, C. (1977) *Sucesiones* (Estudio actualizado por Nicolás Vegas Rolando). Caracas: Ediciones Vegas Rolando. Tomo I. pp. 301-302.

¹⁴⁹ Cabanellas, G. *Ob. Cit.*, p. 140. N° 5921.

¹⁵⁰ Cicu, A. *Ob. Cit.*, pp. 37-38; Viso, L. R. *Ob. Cit.*, p. 64; Zannoni, E. *Ob. Cit.*, p. 258. Explica este último autor que además de los actos formales de solemnidad absoluta, existen los actos formales de solemnidad relativa, en los que la omisión de las formas dispuestas por la ley provoca que el acto no produzca sus efectos propios, pero por conversión legal produce los efectos de un acto jurídico distinto, y los actos formales no solemnnes, aquellos en que la exigencia de forma satisface sólo requerimientos de su prueba.

¹⁵¹ En tal sentido, tales formalidades constituyen un deber jurídico concreto conforme a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 2773 del 24 de octubre del 2003 (caso: “Luis Eduardo Cárdenas”):

“Por otra parte, dichos deberes, así como *—exempli gratia—* los de cumplir la Constitución, las leyes y demás actos dictados por el Poder Público, solidaridad social, contribuir con los gastos públicos, prestar servicio militar, civil y electoral, prescritos por los artículos 131 al 134 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tienen su correlación jurídica en aquellas normas del ordenamiento venezolano que prevean sanciones frente al incumplimiento de dichos deberes. Al respecto, de manera pertinente, expresa Luis Recaséns Sichés lo que sigue:

“Se puede hablar de un deber jurídico concreto, como dimanante de un precepto de Derecho positivo válido, en tanto en cuanto tal precepto es capaz de subjetivación, es decir, es capaz de ser individualizado en una persona determinada. El precepto objetivo válido para todos se convierte en *deber jurídico subjetivo de una determinada persona*, porque y en tanto que ordena que se imponga una sanción al sujeto que se comporte de aquel modo que está previsto en la norma como la condición o hipótesis de un acto sancionador por el Estado; esto es, en tanto en cuanto que se deba imponer una sanción al que se comporte de una manera contraria a lo preceptuado en la norma.

(...)

“Donde no sea posible, a tenor de lo dispuesto por el orden jurídico, el imponer una coacción inexorable al sujeto, entonces es evidente que éste no tiene un deber jurídico. Podrá tener un deber moral de rango superior, o un deber social, o un deber religioso de comportarse de una determinada manera; pero en caso de que si no lo hace no pueda ser objeto de una sanción, entonces no tendrá propiamente un deber jurídico (*Introducción al Estudio del Derecho*. México. Editorial Porrúa. Decimotercera Edición. Págs. 128-130)”. (Disponible en: www.tsj.gov.ve)

notario, un día determinado, e hizo ciertas manifestaciones) y, por otra parte, la declaración de voluntad que origina ciertos efectos jurídicos materiales, por lo que es un documento mixto, declarativo y dispositivo.¹⁵²

La solemnidad y formalidad del testamento en su confección se explica porque si bien el ordenamiento sucesorio deja un amplio margen a la autonomía de la voluntad, las leyes sucesorias interesan a la organización de la familia y del Estado, por lo que es la ley la que decide en qué forma y en qué medida la voluntad del causante debe expresarse y debe respetarse,¹⁵³ de lo que se deduce como corolario, como lo establece la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 12 de agosto de 1992 (caso: “P. Benti y otros contra A. Cols y otros”),¹⁵⁴ que “(...) las disposiciones testamentarias, por naturaleza, son de orden público. De ese orden es la exigencia de la escritura pública, de tal suerte que su omisión lleva consigo la nulidad sin necesidad de expresa disposición de la ley, por consecuencia de lo dispuesto en el artículo 6° del Código Civil”. En cuanto al orden público corresponde a una noción, de contenido elástico e históricamente variable que cristaliza en torno a ella todas las normas de interés público que exigen observancia incondicional y no son derogables por disposición privada,¹⁵⁵ mientras el interés público es el resultado de un conjunto de intereses individuales

¹⁵² Devis Echandía, H. (1981) *Teoría general de la prueba judicial*. (5ª ed.) Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia. Tomo II. p. 502.

¹⁵³ Esparza Bracho, J. *Ob. Cit.*, p. 10.

Una sentencia de la Corte Federal y de Casación del 08 de diciembre de 1925 nos expresa al respecto: “El testamento constituye un acto solemne, enteramente libre y la ley testamentaria, rígida en sus disposiciones, debe cumplirse del modo que ella determina. Si ella ordena la solemnidad de la firma del testador al final de su última voluntad, y ordena también que la firmen los testigos y el Registrador, cuando éste concurre al otorgamiento, es porque quiere la solemnidad de estas firmas junto con aquélla, en garantía de la libertad de aquél, y de la identidad de su voluntad; y si ella pena de nulidad la omisión de cualesquiera de las formalidades que ordena, en la formación legal del testamento, es porque presume que el otorgante que descuida su cumplimiento, o no ha querido testar, o no ha podido hacerlo libre y deliberadamente (...)” *Apud*. Machado, J. E. (1951) *Jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación (en Sala de Casación) 1924-1949*. Caracas: Editorial Ávila Gráfica, S.A. p. 494.

¹⁵⁴ Ramírez & Garay, S. A. (1992) *Jurisprudencia Ramírez & Garay*. Caracas: Ramírez & Garay, S. A. Tomo CXXII. Tercer trimestre. p. 623.

Este fallo también declara en otra parte “(...) que el documento reconocido sólo tiene la condición de instrumento privado que, con motivo de su posterior protocolización en la Oficina de Registro aludida, otorgó el testamento la naturaleza de documento privado auténtico, mas no carácter de Escritura Pública, pues si bien es cierto que todo documento público es siempre auténtico, un documento puede ser auténtico sin ser público, dado que la protocolización en referencia no cambia la naturaleza jurídica original del instrumento”. (*Ibidem*. p. 622).

¹⁵⁵ Betti, E. (1959) *Teoría del negocio jurídico*. Madrid: Revista de Derecho Privado. pp. 289-290.

compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos.¹⁵⁶

Así, las condiciones específicas para que tenga lugar la sucesión testamentaria son: i) que haya una válida declaración de voluntad del *de cuius*, emitida en un testamento; ii) que el *de cuius* sea capaz de disponer (Artículos 836-838 *eiusdem*); iii) que el heredero instituido sea capaz de adquirir o recibir por testamento (Artículos 839-848 *eiusdem*); iv) que la disposición testamentaria, cuando haya un derecho de sucesión necesaria (cuotas de reserva o porción legítima) respete ésta (Artículos 883-887 *eiusdem*).¹⁵⁷

En cuanto a las formalidades se mencionan principalmente su otorgamiento por escrito, por lo que no podrá pretenderse la ejecución de un testamento si no se otorgó por escrito aunque se podrá invocarlo; sin embargo, si constó por escrito y fue posteriormente destruido¹⁵⁸ (no tiene validez alguna, entonces, el testamento simplemente verbal o nuncupativo¹⁵⁹ autorizado por los romanos al practicarse de viva voz en Roma en presencia de testigos –Dig. XXVIII, 1, 21– y el derecho español –Novísima Recopilación, X, 18, 1–,¹⁶⁰ como se desprende, por ejemplo, de los artículos 852 y 856 del Código civil venezolano en cuanto al testamento abierto y 857, numeral 1º *eiusdem* en el supuesto del testamento cerrado), y para que el acto tenga eficacia, la intervención directa del Registrador Subalterno en el acto testamentario mismo o su protocolización *a posteriori* en una Oficina Subalterna de Registro, o el reconocimiento judicial del contenido del testamento, dentro de los seis meses siguientes al otorgamiento, cuando se realice ante 5 testigos sin la concurrencia del Registrador (Artículos 855 y 853 *eiusdem*). Debe obser-

¹⁵⁶ Escola, H. (1989) *El interés público como fundamento del Derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma. pp. 249-250.

¹⁵⁷ Rojas, A. (1987) *Derecho hereditario*. Caracas: Paredes. pp. 129-130.

¹⁵⁸ Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, pp. 15-16.

¹⁵⁹ Se afirma que el rechazo al testamento nuncupativo no se debe a que sea una institución no recomendable *per se*, sino a la falta de probidad común a los testigos, al favor de la cual podrían fraguarse testamentos y multiplicarse pleitos escandalosos a su respecto, cuando ya ha muerto quien podría confundir a los impostores. *Cfr.* De Gásperi, L. *Ob. Cit.*, p. 188.

¹⁶⁰ Arias, J. *Ob. Cit.*, p. 134.

varse, respecto de la participación del Registrador Subalterno que, conforme al Decreto con fuerza de Ley de registro público y del notariado (publicado en *Gaceta Oficial* N° 33.733 del 27 de noviembre del 2001), “el Notario tendrá potestades para realizar los actos que se atribuyen al Registrador Subalterno en el Código Civil” (Artículo 74, parte *in fine* del numeral 7).¹⁶¹

¹⁶¹ También respecto a derogatorias de preceptos del Código Civil con base a los criterios de “ley posterior” y de “ley especial” se puede mencionar que el Código de Derecho común tenía previsto dos procedimientos para otorgar testamentos en el exterior para tener efecto en Venezuela: i) los venezolanos y los extranjeros podrán otorgarlo sujetándose en cuanto a la forma a las disposiciones del país donde se realiza el acto. Sin embargo, deberá otorgarse en forma auténtica y no se admitirá el otorgado por dos o más personas en un mismo acto, ni el verbal ni el ológrafo (Artículo 879 del Código Civil); ii) los venezolanos y los extranjeros podrán otorgarlo ante el agente diplomático o consular de la República en el lugar del otorgamiento, atendiendo a las disposiciones de la ley venezolana. En este caso, el funcionario diplomático o consular de la República hará las veces de registrador y cumplirá el otorgamiento con los preceptos del Código Civil (Artículos 880 y 881 *eiusdem*).

A posteriori, la Ley de Derecho Internacional Privado estableció “Artículo 37. Los actos jurídicos son válidos, en cuanto a la forma, si cumplen los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos jurídicos: 1. El del lugar de celebración del acto; 2. El que rige el contenido del acto; o 3. El del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes”. Se afirma entonces que este artículo 37 consagra el principio *favor validitatis*, según el cual debe favorecerse la validez del acto, disminuyendo así los casos en que el acto sea declarado nulo y dejara de producir efectos por meros defectos de forma. Esta norma deroga la disposición general sobre forma de los actos contenida en el artículo 11 del Código Civil, las disposiciones especiales contenidas en el Código Civil relativas a la forma de testamento, y el artículo 157 del Código de Procedimiento Civil relativo a la forma de poderes otorgados en el extranjero. Sobre el testamento, la Exposición de Motivos de la Ley de Derecho Internacional Privado prevé la derogación del artículo 879 del Código Civil relativo a la forma del testamento otorgado en el exterior y no se pronuncia con respecto a los artículos 880 y 881 del Código Civil relativos al otorgamiento de testamentos en el exterior ante funcionarios diplomáticos o consulares de Venezuela. Sin embargo, es posible afirmar con base en el artículo 63 de la Ley de Derecho Internacional Privado que tales disposiciones han quedado derogadas (“Se derogan todas las disposiciones que regulen la materia objeto de esta ley”). *Vid.* D’Onza García, R. (2001) “Ley aplicable a las sucesiones, a la forma y a la prueba de los actos de la nueva Ley de Derecho Internacional privado”. En: *Ley de Derecho internacional privado de 06 de agosto de 1998* (antecedentes, comentarios, jurisprudencia). Libro homenaje a Gonzalo Parra-Aranguren. Caracas: TSJ. Vol. II. pp. 352-353. Zannoni –al criticar la posición doctrinaria que afirma que los testamentos conjuntos otorgados en el extranjero no son válidos en Argentina por cuanto tal prohibición legal reposa en una cuestión de forma extrínseca y sustancialmente en la naturaleza de acto de disposición *mortis causa* del testamento, que se lo requiere unilateral para asegurar la espontaneidad del querer y la libertad de revocar– sostiene que tal prohibición constituye sólo una condición de forma, relativa al modo de expresarse la voluntad de los testadores porque lo que invalida la ley no es, sustancialmente, el contenido de las disposiciones de última voluntad incluidas en el testamento conjunto –siendo buena prueba de ello el hecho de que son válidos los testamentos separados en disposiciones recíprocas e incluso correspectivas–, sino la forma en que la voluntad testamentaria ha quedado manifestada, por lo que, en consecuencia, se adhiere a Borda quien opina que si se invalidara un testamento conjunto otorgado con la forma autorizada por la regla *locus regit actum*, se burlaría la voluntad del causante y se despojaría al heredero instituido de bienes que aquél quiso dejarle, sin una razón realmente convincente para llegar a un resultado tan grave. *Cfr.* Zannoni, E. A. *Ob. Cit.*, pp. 252-253.

No tiene validez, como corolario, el testamento ológrafo, que consiste en un documento privado, escrito, fechado y firmado por el propio testador, pero sin llenar otra formalidad. Tampoco podría llamarse testamento, como explica Dominici, el acto en que el otorgante se refiriese simplemente a disposiciones que deja escritos en otros papeles, o a instrucciones dadas a alguna persona,¹⁶² pues nuestro sistema se inspira, como el italiano, en el principio de la unidad del testamento, ya que, se disponga o no de la totalidad del acervo hereditario, cada testamento configura un todo independiente, por lo que no puede aceptarse que resulte de diferentes documentos, cada uno de los cuales reúna la totalidad de los requisitos documentales;¹⁶³ ni valdrían como disposiciones testamentarias la promesa que hubiesen hecho al *de cujus* los herederos *ab intestato* de cumplir ciertas ordenes dadas por él *in voce* o por escrito.¹⁶⁴

Los motivos que conducen al legislador a hacer del testamento un acto formal son obvios: asegurar la absoluta certidumbre y la entera sinceridad del acto,¹⁶⁵ pues de lo contrario la voluntad del causante quedaría entregada a la incertidumbre o a la fragilidad de la memoria de los testigos y a todos los peligros de la prueba testimonial,¹⁶⁶ lo que se justifica hoy, por quedar la voluntad testamentaria cristalizada en el momento de la muerte del testador, cuando ya éste no puede hacer el menor esclarecimiento, y por originar una regla negocial

Por ello, consideramos que, por ejemplo, si el testamento mancomunado es admitido por el Código austriaco (Artículos 583 y 1248), el alemán (Artículo 2265) y el suizo (Artículo 512), y por su parte, el testamento nuncupativo es también admitido por el Código alemán (Artículo 2250) y el suizo (Artículo 506), como testamento extraordinario, así como en el Código chileno (Artículo 1.033) y el colombiano (Artículo 1091) (*Vid.* De Gásperi, L. *Ob. Cit.*, pp. 193 y 188), al establecerse en Venezuela que los actos jurídicos son válidos, en cuanto a la forma, si cumplen los requisitos exigidos en el del lugar de celebración del acto; o en el que rige el contenido del acto; o en el del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes (Artículo 37 de la Ley de Derecho Internacional Privado), de cumplir el disponente con las condiciones de forma previstas para un testamento mancomunado o verbal otorgado en alguno de esos países para surtir efectos en Venezuela, a pesar de que tanto el testamento mancomunado como el nuncupativo se encuentran prohibidos para su otorgamiento en nuestro ordenamiento jurídico, el testamento concretado bajo tales supuestos en el exterior, por virtud del principio *favor validitatis*, debe ostentar plena validez en nuestro país.

En sentido contrario, López Herrera entiende que las condiciones establecidas para un testamento mancomunado y para uno verbal afectan al fondo del acto, aunque reconoce que la jurisprudencia se ha pronunciado por la tesis de que son atinentes a la forma del acto (*Cfr.* López Herrera, F. *Ob. Cit.*, pp. 154-155).

¹⁶² Dominici, A. *Ob. Cit.*, p. 56.

¹⁶³ Barassi, L. *Ob. Cit.*, p. 461.

¹⁶⁴ Dominici, A. *Ob. Cit.*, p. 56.

¹⁶⁵ De Page, H. *Ob. Cit.*, p. 925; Monteiro, W. *Ob. Cit.*, p. 98, con apoyo en Orosimbo Nonato. Estudios sobre sucessão testamentária. Tomo I. p. 197; Farrera, C. *Ob. Cit.*, p. 83.

¹⁶⁶ Vélez Sarsfield. Nota al Artículo 3607 argentino. *Apud.* Fassi, S. C. p. 15.

que podrá afectar a un círculo amplio e indeterminado de personas, lo que requiere que se establezca con especial firmeza.¹⁶⁷ Claro está, conforme a sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 20 de diciembre de 1960, “aun cuando el testamento es un acto solemne, las normas legales que lo disciplinan son susceptibles de interpretación para indagar si las formalidades que garantizan la voluntad del testador han sido cumplidas, por lo que aquellas normas debe atribuírseles el sentido que aparezca evidente del significado propio de las palabras con que están expresadas, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador (...)”,¹⁶⁸ tal y como lo prevé el artículo 4º del Código civil. Ello no ha obstado para permitir la existencia de una corriente doctrinaria que desestima el rigor de las exigencias compendia-
das en la ley, para someterlas a un criterio de realidad, que permita dar a conocer con exactitud la intención del testador.¹⁶⁹

Contrario sensu, el otorgante siempre dispone de la más absoluta libertad en cuanto a la redacción del testamento, ya que nuestra legislación no establece ni exige formalismo alguno,¹⁷⁰ por lo que no son indispensables fórmulas sacramentales para la institución de herederos ni para la institución de legatarios, ya que tales cualidades, aun usando una fórmula vaga, como “dejo”, sin decir a qué título, podrán afirmarse o excluirse considerando simplemente el contenido efectivo de la disposición,¹⁷¹ y como en materia testamentaria la inobservancia de la forma prescrita acarrea la nulidad de la disposición, el juez deberá interpretar todo precepto de forma restrictiva, vale decir, exigir el mínimo posible de requisitos de forma, cuando de la norma legal no aparezca totalmente claro cuál es la forma exigida.¹⁷²

¹⁶⁷ De Castro y Bravo, F. (1997) *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas. p. 86; Farrera, C. *Ob. Cit.*, p. 82.

¹⁶⁸ Sentencia 20 de diciembre de 1960. En: Gaceta Forense 30 2E p. 176. *Apud.* Bustamente Miranda, M. (s/f) *15 años de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil, Mercantil y del Trabajo) 1959-1973*. Caracas: (s/e). p. 666, N° 3717; Perera Planas, N. (1984) *Código civil venezolano*. (2ª ed.) Caracas: Ediciones Magon. p. 485.

¹⁶⁹ *Apud.* Monteiro, W. p. 98.

¹⁷⁰ López Herrera, F. *Ob. Cit.*, p. 213.

¹⁷¹ Rotondi, M. (1953) *Instituciones de Derecho privado*. (Tr.: Villavicencio, F.) Barcelona: Editorial Labor. p. 616; Arias, J. *Ob. Cit.*, p. 135.

¹⁷² Danz, E. *La interpretación de los negocios jurídicos (contratos, testamentos, etc.)*. *Estudio sobre la cuestión de derecho y la cuestión de hecho*. (Tr.: Roces, W.) Madrid: Librería General de Victoriano Suárez. p. 350.

3.8 ES UN ACTO DE ÚLTIMA VOLUNTAD

Desde la presente perspectiva, es un acto voluntario, ya que nadie tiene la obligación de hacerlo, y es un acto *mortis causa*,¹⁷³ pues sólo se perfecciona por la muerte de su autor, que es condición de su eficacia, esto es, resulta un acto instantáneo en cuanto a su cumplimiento y su validez, pero sus efectos no se producen sino después de la muerte de la persona.¹⁷⁴ No quiere decir, entonces, que sea un acto de voluntad del último momento de la vida, sino que quiere decir que es la última voluntad de la persona, manifestada con efecto *post mortem*,¹⁷⁵ de manera que, por largo que sea el tiempo que medie entre el momento en que fue emitido el testamento y el hecho de la muerte del testador, el testamento no pierde eficacia, aun cuando uno o varios de los objetos a que se refiere hayan dejado de existir, o aunque una o varias de las disposiciones testamentarias no sean ya aplicables por haber variado el estado de cosas, como por ejemplo, si posterior al testamento el testador hubiere perdido la capacidad de testar (por enajenación mental), el testamento es válido, por considerarse el último, si no de su vida corporal, al menos de su vida intelectual.¹⁷⁶

Los actos *mortis causa*, al no influir en el círculo de derechos de una persona aún viva y no estar al servicio del tráfico entre diferentes círculos de derechos, preparando y ejecutando transferencias de bienes —pues tienen efectos después de la muerte del que emite la declaración, determinando, entre otras ordenaciones, la suerte de su patrimonio—, se caracterizan porque desaparecen las consideraciones a la seguridad del tráfico; la verdadera voluntad del que emite la declaración podrá ser considerada plenamente y están sujetos a forma.¹⁷⁷ Por otra parte, mientras el acto entre vivos crea de inmediato una relación jurídica, en las disposiciones de última voluntad, al deber distinguirse entre existencia del testamento, como acto jurídico, contemporánea a su otorgamiento, y existencia de sus disposiciones como creadora de derechos, que sólo ocurre por el fallecimiento del disponente, no dan al beneficiado por el testamento ningún derecho actual que limite la actividad jurídica del disponente, de modo que, aun cuando éste persevere en su voluntad *mortis causa* y no revoque el testamento, abierta la sucesión no se podrá atacar

¹⁷³ López Herrera, F. *Ob. Cit.*, p. 157; Biondi, B. *Ob. Cit.*, p. 26.

¹⁷⁴ Viso, L. R. *Ob. Cit.*, p. 63.

¹⁷⁵ Barbero, D. *Ob. Cit.*, p. 254; Viso, L. R. *Ob. Cit.*, pp. 62-63.

¹⁷⁶ De Ruggiero, R. *Ob. Cit.*, p. 471.

¹⁷⁷ Lehmann, H. *Ob. Cit.*, pp. 229-230.

en base a la institución testamentaria ninguno de los actos entre vivos ejecutados por el testador, aun cuando disminuyan la herencia o el legado.¹⁷⁸

La doctrina tradicional simplemente sostiene que el testamento debe contener disposiciones cuya ejecución se ordenen para después de la muerte, por lo que aunque estuviese revestido de todas las solemnidades legales, no podría considerarse testamento un acto en que el otorgante dispusiese de sus bienes para antes de su muerte, pues sería un acto entre vivos que sería necesario clasificar según su naturaleza y objeto.¹⁷⁹ No obstante, como expresa la moderna doctrina, negocios *mortis causa strictu sensu* son aquellos cuya función radica en la reglamentación del destino *post mortem* del patrimonio y de los bienes de la persona, o en su caso, de otras relaciones jurídicas, por lo que si bien un negocio jurídico *mortis causa* es el testamento, no lo es en cambio un contrato de seguro de vida, aunque el pago de la suma convenida haya de realizarse después de la muerte del asegurado y se haga a las personas indicadas por éste como beneficiarias del seguro, pues no basta la simple *contemplatio mortis* como móvil determinante del negocio, ni que la eficacia del negocio haya de desplegarse después de la muerte del declarante, para que el negocio pueda ser calificado como *mortis causa*.¹⁸⁰

Adicionalmente tampoco constituye acto de última voluntad una donación de exigibilidad diferida a la muerte del donante, pues, como en el caso anterior, se trata de un acto entre vivos que se perfecciona como tal, tiene eficacia desde el momento en que fue concluido como negocio, sin que importe que la prestación de una de las partes o de ambas quede diferida “*in diem mortis dilati*”, retrotrayéndose sus efectos al tiempo de la celebración del negocio; no constituyendo, entonces, un acto de última voluntad cuya eficacia como tal sólo existe a partir de la muerte de su autor, sin ninguna efectividad retroactiva sobre el momento en que se hizo.¹⁸¹ Y es que como explica Polacco: “yo puedo dar en vida mis bienes o parte de ellos a Ticio y diferir la ejecución de ese acto hasta el momento de mi muerte, pero no por esto se tiene un testamento a favor de Ticio, porque, aun cuando él no pueda ejercitar inmediatamente todos sus derechos de donatario, sino que deba esperar a mi muerte

¹⁷⁸ Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, pp. 33-34, con sustento en D'Avanzo. Delle successioni. II. § 213 c), p. 651.

¹⁷⁹ Dominici, A. *Ob. Cit.*, p. 56.

¹⁸⁰ Díez-Picazo, L. (1996) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*. (5ª Ed.) Madrid: Civitas. Volumen primero. p. 78; de manera precedente, Lacruz Berdejo, J. L. *Anotaciones conforme al derecho español*. En: Binder, J. *Ob. Cit.*, p. 40; y con carácter coincidente en Italia, Barassi, L. *Ob. Cit.*, p. 461; Branca, G. *Ob. Cit.*, p. 613; Galgano, F. *Ob. Cit.*, p. 538.

¹⁸¹ Zannoni, E. A. *Ob. Cit.*, pp. 244-245.

para entrar en posesión de aquellos bienes, los ha adquirido, sin embargo, inmediatamente de manera irrevocable”.¹⁸²

3.9 ES UN ACTO ESENCIALMENTE REVOCABLE

Al prevalecer en el testamento el interés del disponente sobre el de los llamados,¹⁸³ la revocabilidad es de su esencia y por lo tanto de orden público,¹⁸⁴ según la máxima del Derecho romano: “*ambulatoria est voluntas usque ad vitae supremum exitum*”,¹⁸⁵ dándose base con ello a la idea de que la única voluntad que puede ser eficaz en este caso es la que se presume tuvo el testador en el mismo instante de su muerte.¹⁸⁶

Se trata de un negocio jurídico que debe considerarse representativo de la voluntad del causante para el momento preciso de su muerte y que no produce efectos con anterioridad a ese instante,¹⁸⁷ por lo que “*posteriores testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur*” (por un testamento posterior hecho legalmente, se rompe el anterior)¹⁸⁸ en el sentido de que el testador tiene siempre plena e irrestricta libertad para modificarlo total o parcialmente y para dejarlo sin efecto, pura y simplemente.¹⁸⁹ En otro giro, lo que la ley protege no es la voluntad del vivo sino la del muerto, pero como nadie conoce de antemano el momento de su fallecimiento, la disposición voluntaria ha de ser forzosamente anticipada y posiblemente prematura, y por tanto, sólo es una última voluntad eventual, mas no definitiva ni actual, lo que origina que al revocarse el testamento anterior no se destruye un contenido voluntario, sino que lo que se hace es negarle a un acto una calificación necesaria, negar que lo eventual es actual.¹⁹⁰ Incluso, como efecto del orden público inherente a la revocabilidad, la revocación elimina la eficacia del testamento cuando se haya tenido conocimiento de la misma después de que el heredero instituido por el testamento revocado ya hubiese aceptado.¹⁹¹

¹⁸² Polacco, V. *Ob. Cit.*, p. 179.

¹⁸³ Messineo, F. *Ob. Cit.*, p. 74.

¹⁸⁴ De Page, H. *Ob. Cit.*, p. 931.

¹⁸⁵ Biondi, B. *Ob. Cit.*, p. 27; Venzi, G. *Ob. Cit.*, p. 678; Monteiro, W. *Ob. Cit.*, p. 99.

¹⁸⁶ De Cossio, A. *Ob. Cit.*, pp. 879-880.

¹⁸⁷ López Herrera, F. *Ob. Cit.*, p. 158.

¹⁸⁸ Instituciones de Justiniano. Lib. II, tit. XVII, § II. *Apud*. Cabanellas, G. p. 58. N° 1773.

¹⁸⁹ López Herrera, F. *Ob. Cit.*, p. 158; Monteiro, W. *Ob. Cit.*, p. 99.

¹⁹⁰ Pastor Ridruejo, F. *Ob. Cit.*, pp. 18-19 y 22.

¹⁹¹ Galgano, F. *Ob. Cit.*, p. 536.

De lo anterior se infiere que, aun cuando el testamento puede ser modificado, confirmado o aniquilado por la voluntad unilateral del testador manifestada *a posteriori*, y sólo se ejecutará si tal voluntad persevera hasta el término de su vida, no puede aceptarse que sea un simple proyecto, porque, primero, dicho concepto supone el designio o pensamiento de ejecutar algo, para el caso un acto jurídico que para que valga requiere de un nuevo acto cumpliendo el designio o pensamiento, mientras el testamento es un acto perfecto constituyendo la propia ejecución del acto jurídico y basta para que valga la inacción del testador; segundo, el testamento en el que el disponente expresa que tiene vigencia provisoria, mantendrá su validez hasta tanto no sea revocado mediante las formalidades legales, salvo el supuesto del testamento especial; tercero, por ser un acto perfecto, por una parte, el testamento subsiste no obstante la incapacidad sobreviniente del testador, que sin embargo le impide revocarlo, y por otra parte, la validez formal del testamento se encuentra sujeta a la ley del momento en que se otorgó y no a la del tiempo de su ejecución.¹⁹²

En consecuencia, si bien “*qui testatur, legem dicit posteritati suae*” (el que hace un testamento, dicta una ley a su posteridad),¹⁹³ son absolutamente nulas las disposiciones o cláusulas que impliquen renuncia absoluta o relativa de parte del testador, de su derecho de revocar en todo o en parte el testamento,¹⁹⁴ como lo expresa el artículo 679 del *Codice civile* italiano de 1942, ya que como indica Cicu, la voluntad no puede vincularse a sí misma,¹⁹⁵ esto es, “*nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat*” (nadie puede establecer para sí la ley de que no sea lícito separarse del testamento anterior),¹⁹⁶ efecto de que mientras el causante vive, las disposiciones testamentarias no le obligan.¹⁹⁷ Puede incluso ser anulado el propio testamento si la intervención de un tercero extraño atenta al principio de la espontaneidad y al

¹⁹² Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, p. 14, citando a favor de la tesis del simple proyecto a Rébora. Sucesiones. II. § 470. p. 193, y para el primer argumento en contra, Lafaille. Sucesiones. II. N° 292. p. 219, para el segundo argumento, una sentencia del Tribunal del Sena (Francia) de 14 de junio de 1932 y para el tercer argumento, a Vélez Sársfield, nota al Artículo 3613 y a Cicu, A. El testamento. N° 6. pp 14-15. A mayor abundamiento, defiende la posición del testamento como simple proyecto, Meza Barros, R. *Ob. Cit.*, p. 121-122, mientras que la niegan, Lacruz Berdejo, J. L. *Ob. Cit.*, p. 40; Arias, J. *Ob. Cit.*, pp. 132-133; Fornieles, S. *Ob. Cit.*, pp. 148-149.

¹⁹³ *Apud.* Cabanellas, G. p. 104. N° 3793.

¹⁹⁴ López Herrera, F. *Ob. Cit.*, p. 158.

¹⁹⁵ Cicu, A. *Ob. Cit.*, p. 19; Rojina Villegas, R. *Ob. Cit.*, pp. 294-295.

¹⁹⁶ Digesto. Hermogeniano: Lib. XXXII, tit. I, ley 22. *Apud.* Cabanellas, G. p. 29. N° 847.

¹⁹⁷ Kipp, T. *Derecho de sucesiones*. En: Ennecerus, L., Kipp, T. y Wolff, M. (1976) *Tratado de Derecho civil*. (Tr.: Pérez González, B. y Alguer, J.) Barcelona: Bosch. Tomo quinto. Volumen primero. p. 338.

de la libre revocabilidad, como en el supuesto del testamento hecho por convención o en el testamento colectivo.¹⁹⁸ De manera pues que si la revocabilidad es de la naturaleza del testamento como medio para asegurar a sus disposiciones vigencia de última voluntad, en el extremo contrario, la irrevocabilidad no hace a la existencia y a los fines del testamento, lográndose el objetivo perseguido con la nulidad de las cláusulas que se opongan a la revocabilidad.¹⁹⁹

3.10 ES UN ACTO POR CUYA VÍA UNA PERSONA NATURAL CON CAPACIDAD PARA ELLO DISPONE, PARA EL TIEMPO QUE SIGA A SU MUERTE, DE SU PATRIMONIO, EN FORMA TOTAL O PARCIAL

En materia testamentaria es de aplicación exclusiva la tesis realista sobre el concepto de persona, conforme a la cual son personas “todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición, a todos los cuales el orden jurídico reconoce y garantiza tanto variadísimos y esenciales derechos extrapatrimoniales inherentes al ser humano como tal, como derechos patrimoniales que pueden adquirirse y ejercerse mediante el atributo de la capacidad jurídica. Recíprocamente, a los derechos se oponen los deberes jurídicos de la persona”.²⁰⁰ Por tanto, el concepto de persona, aplicado a la noción de testamento, no resulta adaptable traslaticiamente a ciertas organizaciones humanas, en cuanto alcanzan la cualidad de miembros de la comunidad jurídica,²⁰¹ vale decir, a las denominadas personas jurídicas *strictu sensu*, pues por Derecho sucesorio se entiende el conjunto de normas jurídicas que, dentro del Derecho privado, regulan el destino del patrimonio de una persona (exclusivamente el de las personas naturales), después de su muerte.²⁰²

Además, si la herencia tiene un objeto de naturaleza económica: lograr la continuidad patrimonial a través del heredero, quien recibe el *universum ius* del difunto,²⁰³ el testamento es un negocio jurídico de carácter patrimonial que entra dentro de los específicamente denominados “dispositivos en sentido estricto”, los cuales son aquellos negocios en los que inmediatamente se

¹⁹⁸ De Ruggiero, R. *Ob. Cit.*, p. 471.

¹⁹⁹ Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, p. 10.

²⁰⁰ Fuego Laneri, F. (1986) *Sobre el derecho de la persona a propósito del nuevo Código de la República del Perú*. En: *El código civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima-Perú: Cultural Cuzco. p. 162.

²⁰¹ De Castro y Bravo, F. (1984) *Derecho civil de España*. Madrid: Civitas. Tomo II. p. 30.

²⁰² De Ibarrola, A. *Ob. Cit.*, p. 617.

²⁰³ *Ibidem*. pp. 620-621 y 622.

transfiere, modifica o destruye un derecho subjetivo preexistente,²⁰⁴ por lo que para disponer por testamento hay que tener capacidad.²⁰⁵ La persona con capacidad para disponer por testamento, para cuya calificación se atiende únicamente al tiempo en que se otorga el testamento (Artículo 838 del Código civil), no debe estar declarada incapaz de ello por la Ley (Artículo 836 *eiusdem*), por lo que no es aplicable en esta materia la analogía; siendo incapaces de testar: i) los que no hayan cumplido dieciséis años pues el testamento no admite la representación, salvo que sean viudos, casados o divorciados; ii) los entredichos por defecto intelectual, lo cual se refiere, no a los que sufren de incapacidad por enfermedad mental fundamentada en insuficiencia de facultades intelectivas la cual requiere una sentencia de incapacitación, sino a quienes no están en su entero juicio, lo cual se puede determinar porque el testador haya estado bajo la embriaguez total, un gran dolor, efectos de narcóticos o hipnóticos, o haya sentencia que declare aquellos actos anteriores del entredicho como no válidos;²⁰⁶ iii) los que no estén en su juicio al hacer testamento; iv) los sordomudos y los mudos que no sepan o no puedan escribir (Artículo 837 *eiusdem*).

En el caso concreto, el testamento tiene por finalidad la institución de uno o más herederos (a título universal) y la institución de uno o más legatarios (a título particular) (834 *eiusdem*).²⁰⁷ Habrá institución a título universal (heredero), siempre que el causante instituya al beneficiario por la totalidad o por una parte alícuota de su patrimonio (mitad, tercio, décimo); habrá institución a título particular (legatario) cuando se instituye al beneficiario por una o por varias de las relaciones jurídicas individualmente determinadas. Algunas reglas aplicables en este sentido son las que siguen:²⁰⁸ i) se puede distribuir por partes iguales o desiguales, aunque si no se expresa nada se entiende que es por partes iguales; ii) se pueden llamar a los mismos sucesores *ab intestato* o excluir alguno de dichos sucesores legales, respetando la institución de la legítima o reserva, pues ciertos familiares del causante no pueden ser privados de determinada porción del caudal hereditario; iii) no es

²⁰⁴ Cariota Ferrara, L. *Ob. Cit.*, p. 222; Granadillo C., V. L. *Ob. Cit.*, pp. 182-183.

²⁰⁵ Granadillo C., V. L. *Ob. Cit.*, p. 186.

²⁰⁶ Viso, L. R. *Ob. Cit.*, pp. 67-68.

²⁰⁷ Según Modestino, "*sine haeredis institutione, nihil in testamento scriptum valet*" (sin la institución de heredero, nada vale lo escrito en el testamento). Digesto. Lib. XXVIII, tit. VI, ley 1ª, § III. *Apud*. Cabanellas, G p. 28. Nº 809.

²⁰⁸ López Herrera, F. *Ob. Cit.*, p. 160.

necesario disponer de todos los bienes,²⁰⁹ por lo que cuando no se cubre la totalidad del patrimonio del testador, la parte restante del mismo se defiende de acuerdo con las normas de la sucesión intestada (Artículo 807 *eiusdem*).

Cabe acotar que la disposición parcial de bienes no es siempre resultado de la decisión del testador, ya que la ley limita la facultad de testar cuando existen herederos forzosos –producto de la institución de la legítima, también denominada reserva o sucesión necesaria–, y en tal hipótesis el testador sólo podrá disponer de una parte de sus bienes, designada porción disponible, sea mejorando a alguno de los herederos forzosos, sea disponiendo a favor de terceros. Asimismo, que si bien en principio el testamento en sentido substancial supone un acto de disposición de bienes que integran el patrimonio del testador, el testador puede disponer de bienes que no estén en su patrimonio, según sucede en el legado de cosa ajena o en el legado de cosa determinada por su género que no exista en el patrimonio del causante al tiempo de su muerte, supuestos en los cuales, en estricto derecho, no se dispone técnicamente de cosas ajenas, ya que en realidad se impone al instituido una verdadera obligación de hacer, específicamente de adquirir con bienes de la sucesión esas cosas ajenas, para su transmisión al beneficiado.²¹⁰

3.11 ES UN ACTO QUE TAMBIÉN PUEDE CONTENER DISPOSICIONES DIFERENTES A LA INSTITUCIÓN DE HEREDEROS Y LEGATARIOS, COMO ORDENACIÓN DE OTROS INTERESES QUE POR REGLA GENERAL SON DE ÚLTIMA VOLUNTAD²¹¹

No obstante, se ha dicho que, si bien el testamento es un acto jurídico que no solamente se refiere a los bienes, pues comprende disposiciones de orden personal,²¹² bajo el aspecto sustancial del testamento, para ser tal, según la doctrina italiana debe contener siempre al menos una disposición patrimonial, pues si no contiene ninguna, o si contiene solamente disposiciones no patrimoniales, pero de contenido diverso del admitido por la ley, no será testamento.²¹³ Pero recordemos que a diferencia del artículo 587 del Código civil italiano, la definición de testamento del artículo 833 de nuestro Código

²⁰⁹ Fornieles, S. *Ob. Cit.*, p. 147.

²¹⁰ Fassi, S. C. *Ob. Cit.*, pp. 37-38.

²¹¹ En 1901 ya la doctrina tradicional venezolana afirmaba que mediante el testamento se podía disponer no sólo de bienes. *Vid.* Dominici, A. *Ob. Cit.*, p. 55.

²¹² Bonnecase, J. (1995) *Tratado elemental de Derecho civil*. (Tr.: Figueroa Alfonso, E.). México: Editorial Pedagógica Iberoamericana. p. 501; Arias, J. *Ob. Cit.*, p. 136.

²¹³ Messineo, F. *Ob. Cit.*, p. 72; Barassi, L. *Ob. Cit.*, p. 460.

civil es más completa, por cuanto establece el principio “o hace alguna otra ordenación”, como sería la designación de un tutor, la rehabilitación de un indigno, ya que el testador podría hacer esta ordenación y no referirse para nada a su patrimonio, y el testamento seguiría siendo tal.²¹⁴ Por otra parte, sería injusto subordinar la validez de las determinaciones no patrimoniales a la existencia de un pequeño legado.²¹⁵ Además, no es esta la tendencia en el Derecho comparado pues, *exempli gratia*, el Código civil peruano de 1984 prevé en el aparte único de su Artículo 686 que “son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas” y, en similar sentido, el nuevo Código civil de Brasil (Ley N° 10.406, del 10 de enero del 2002), en el parágrafo 2° del artículo 1.857, establece “São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”.

Se configura la institución testamentaria entonces como un acto complejo en el que pueden comprenderse diversas modalidades de actos jurídicos:²¹⁶ i) de índole extrapatrimonial (relacionadas con actos del Derecho de familia, por ejemplo, conforme al artículo 217 del Código civil, reconocimiento de hijos extramatrimoniales –disposición con efecto *post mortem* no revocable–;²¹⁷ nombramiento de tutor o protutor de hijos que se encuentran bajo la patria potestad del testador (Artículo 307 *eiusdem*); designación de curador especial del incapaz para la administración de los bienes comprendidos en la herencia o el legado; etc.); ii) derivan indirectamente consecuencias patrimoniales, sin ser éstas su objeto principal (como nombramiento de albaceas o ejecutores testamentarios del causante (Artículo 967 *eiusdem*); nombramiento del partidor de la herencia del testador); iii) de contenido fundamentalmente económico (como remisión de la indignidad para suceder *ab intestato* que afecta algún miembro de la familia del testador; revocación de un testamento anterior del causante, existiendo una disposición indirecta de bienes, dado que la revocación cambia su destino;²¹⁸ exclusión de algunos de los sucesores *ab intestato* del testador; renuncia de algún derecho o acción; reconocimiento por el testador de obligaciones a su cargo y a favor de tercera persona).²¹⁹

²¹⁴ Viso, L. R. *Ob. Cit.*, p. 62.

²¹⁵ Lacruz Berdejo, J. L. *Ob. Cit.*, p. 42.

²¹⁶ Bernad Mainar, R. *Ob. Cit.*, p. 594.

²¹⁷ Viso, L. R. *Ob. Cit.*, p. 63.

²¹⁸ Fornieles, S. *Ob. Cit.*, p. 147.

²¹⁹ López Herrera, F. *Ob. Cit.*, pp. 161-163.

¿Qué derechos no se transmiten? Se menciona a título enunciativo la siguiente relación: a) los que emanan de contratos celebrados *intuitu personae* (en atención a la persona), como la locación de obras, el mandato, la sociedad; b) los que nacen del usufructo, por disposición de la ley (Artículo 619 del Código civil venezolano “El usufructo se extingue: Por la muerte del usufructuario, cuando no ha sido establecido por tiempo determinado”); c) los derechos públicos, como el de pertenecer a una cámara; d) los que confiere al socio el contrato de sociedad en nombre colectivo, pues “La sociedad en nombre colectivo se disuelve por la muerte, interdicción, inhabilitación o quiebra de uno de los socios, si no hay convención en contrario”. (Artículo 341 del Código de Comercio venezolano); e) los derivados de una cualidad personal y ligados íntimamente a la personalidad, como la patria potestad, el derecho a reconocer al hijo, el de legitimar, el de adoptar y el derecho a alimentos; f) el derecho de revocar un reconocimiento, en principio, ya que “El reconocimiento es declarativo de filiación y no puede revocarse, pero podrá impugnarse por el hijo y por quien quiera que tenga interés legítimo en ello” (Artículo 221 del Código civil); g) los que confiere el contrato de comodato; h) la responsabilidad penal, la que en principio no pasa de la persona y bienes de los delincuentes; i) el permiso concedido por la autoridad para el desempeño del servicio público por ser personalísimo; j) tampoco la profesión del *de cuius*.²²⁰

Finalmente, ¿Qué validez tiene la voluntad del testador respecto de las honras fúnebres u otras disposiciones relacionadas a sus restos? Arias²²¹ informa que en Francia, recurrentes controversias suscitadas por la resistencia a cumplir la voluntad del difunto, dieron pie a la sanción de la ley de 15 de noviembre de 1887, la cual autoriza a toda persona capaz, a regular la forma de su entierro, disposición que debe ser respetada.

En el país galo se ha decidido además que en caso de discordia entre la familia, es la voluntad de aquellos herederos más unidos por afección al difunto, el cónyuge en primer término, quienes decidirán los funerales y el modo de sepultarlo (Cámara de Apelaciones, *Dalloz; Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine*, 1908-1-312), aunque la Corte de Casación entiende que es soberana la facultad de los tribunales para decidir, de acuerdo con las circunstancias del caso, a cuál de los miembros de la familia del difunto corresponde designar el lugar y modo de sepultura

²²⁰ Cfr. De Ibarrola, A. *Ob. Cit.*, pp. 623-624.

²²¹ Arias, J. *Ob. Cit.*, pp. 136-137.

de éste. Igualmente se ha declarado que la revocación de una disposición de tal clase puede ser tácita (*Dalloz; Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine*, 1913-1-41).

En Argentina, por su parte, en tendencia que consideramos puede extenderse *mutatis mutandis* al caso venezolano, se ha decidido que debe privar la voluntad del causante, expresada en el testamento o en cualquier otro medio fidedigno; y, en su defecto, atribuir al cónyuge, con preferencia frente a los padres, el derecho de reglar todo lo que a las exequias se refiere (Cámara Civil 1ª de la Capital, 29 de octubre de 1934, XLVIII, 155, Jurisprudencia argentina), aunque esa preferencia no es absoluta, sobre todo cuando se trata de la cremación del cadáver (Cámara Civil 1ª de la Capital, 25 de agosto de 1936, III, 679, La Ley). Mas se ha considerado que, aunque no se exprese en un testamento, vale la voluntad del difunto respecto a la cremación de sus restos, hecha ante autoridades municipales, ya que importa un mandato *post mortem*, sin que puedan oponer sus parientes, aunque sea su propia madre, y funde sus argumentos en disposiciones del derecho canónico (Cámara Civil 2ª de la Capital, 5 de septiembre de 1947, XLVIII, 123, La Ley).

Limitaciones legales de la propiedad predial y servidumbres en materia de telecomunicaciones

Luis Abraham VARGAS LEAL*

SUMARIO:

- 1. Nociones generales.**
- 2. Limitaciones legales en materia de servicios públicos y actividades de interés general.**
- 3. Naturaleza, titularidad y objeto de las vías generales de telecomunicaciones.**
- 4. Principios aplicables a las vías generales de telecomunicaciones.**
- 5. Principios a favor del operador establecido.**
- 6. Los contratos de derechos de vía.**

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado. Especialización de Derecho Procesal Civil, cursos. **Georgetown University**, Washington, DC, Business Administration Certificate. **Universidad Pontificia de Madrid (ICADE-ICAI)**, Magíster en Derecho de las Telecomunicaciones. **Universidad Católica Andrés Bello**, Especialización en Derecho Administrativo, cursante, Profesor de Pregreado. **Universidad Metropolitana**, Profesor de Postgrado. **Abogados & Consultores**. (<http://www.abogaconsult.com/>), Abogado Asociado. Correo electrónico: lvargas@abogaconsult.com

7. **Otras formas de constituir las vías generales de telecomunicaciones.**
8. **Ejercicio de las servidumbres en materia de vías generales de telecomunicaciones.**
9. **Modificación y extinción de las servidumbres.**
10. **Defensa de las vías generales de telecomunicaciones.**

1. NOCIONES GENERALES

Antes de comenzar el análisis legal del tema propuesto, es inevitable para mí dedicar unas líneas de agradecimiento al Doctor Fernando Parra Aranguren, quien gentilmente me ha brindado la oportunidad de participar activamente en la elaboración de este Libro Homenaje al Doctor Gert Kummerow, uno de los juristas más brillantes que ha tenido Venezuela en el campo del Derecho Privado, a quien tuve la oportunidad de conocer, tanto en el ámbito profesional como familiar, y que ha sido para mí ejemplo de honestidad, estudio, ética, trabajo y sabiduría. Por ello, es para mí un inmenso honor y responsabilidad formar parte del grupo de colaboradores de esta obra.

Al momento de pensar en un tema que sirviera de homenaje a este ilustre académico y, que a su vez, involucrara mi especialidad en el campo del Derecho de las Telecomunicaciones con alguna de las varias obras insignes del Doctor Kummerow, el tema de las “Limitaciones Legales a la Propiedad Predial y Servidumbres”, desarrollado magistralmente por el Doctor Kummerow¹ en su excelsa obra “Bienes y Derechos Reales”, aplicado a la novedosa regulación sectorial relativa a las Vías Generales de Telecomunicaciones, me pareció que el mismo significaba un aporte al desarrollo del sector, combinando aspectos de derecho privado y de orden público administrativo.

En este sentido, la fuente normativa y doctrinal más próxima en materia de derecho de las telecomunicaciones para Venezuela ha sido la basta legislación (Directivas de la Comunidad Europea y su trasposición a leyes internas) y textos europeos, sobre todo españoles, los cuales han resaltado la importancia del principio de la libre concurrencia en el mercado de las telecomunicaciones luego de la supresión de los derechos exclusivos y especiales respecto del suministro de redes públicas, acciones éstas que legitiman el derecho al uso compartido de infraestructuras de telecomunicaciones, cuando el mismo es necesario para hacer viable, en términos de igualdad, la entrada en el mercado de nuevos operadores, tal como claramente lo ha señalado

¹ Kummerow, Gert. *Bienes y Derechos Reales*. Quinta Edición. Editorial McGraw Hill. 2002. pp. 488 a 511.

el Doctor Fuenmayor Espina,² en su obra relativa al “Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones. Instituciones Fundamentales”.

La definición del “*Derecho de Vía*” es bastante compleja, ya que involucra conceptos jurídicos que corresponden al ámbito del derecho privado como es el de “servidumbre legal”. La mayor parte de la doctrina en la que se fundamenta el criterio actual de la regulación estatal se inclina por afirmar que el “Derecho de Vía” no es más que una “*servidumbre legal*” conforme a la cual toda persona que posea o controle, total o parcialmente, una vía general de telecomunicaciones está obligada a permitir su acceso y utilización por parte de los operadores de telecomunicaciones que así lo soliciten, siempre que ello sea posible, considerando las características técnicas, de seguridad y de uso de la misma.

De conformidad con este criterio estaríamos en presencia de una verdadera “Limitación Legal a la Propiedad Predial”, tal como magistralmente la desarrolla el ilustre Profesor Gert Kummerow³ en su clásico tratado sobre “Bienes y Derechos Reales”, conforme al cual las servidumbres prediales se distribuían en dos secciones: el grupo de normas rectoras de las servidumbres establecidas por la Ley, que son aquellas que derivan de la situación especial de lugares, derechos de paso, de acueducto, de conductores eléctricos, telecomunicaciones, medianería, distancias y obras intermedias requeridas para ciertas construcciones, excavaciones y plantaciones, luces y vistas de la propiedad del vecino, así como las normas sobre desagüe de techos, entre otros; y por otra parte encontramos el grupo de servidumbres establecidas por el hombre las cuales no serán objeto de análisis por no representar relevancia para este tema específico.

Uno de los aportes de la obra del Doctor Gert Kummerow en este sentido, es que nos define la forma en la que deben ser redactados los términos de la limitación regulatoria, al señalar que los límites dentro de los cuales el ordenamiento jurídico garantiza al propietario su libre voluntad, se han de señalar negativamente, es decir, mediante la indicación de las posibilidades de señorío excluidas al propietario o permitidas a otro que no sea el propieta-

² Fuenmayor E., Alejandro: *Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones. Instituciones Fundamentales*. Colección Minerva. Los Libros de El Nacional. Caracas, 2001.

³ *Ob. Cit.*, N° 1.

rio, siguiendo la doctrina del Profesor Martín Wolf.⁴ En este sentido, para el Doctor Kummerow se observan dos órdenes de limitaciones. La primera de ellas, son las que proceden de la *reglamentación general del dominio*, referidas a razones de intereses generales superiores, cuya descripción haremos a profundidad dentro de la reglamentación sectorial referida a las limitaciones a la propiedad en materia de telecomunicaciones; y en segundo lugar, las que derivan de la “*necesaria coexistencia de los predios*”, los cuales no serán objeto de estudio en este trabajo.

Siguiendo el esquema tradicional propuesto por el Doctor Kummerow, las limitaciones legales a la propiedad son cargas impuestas *ex lege* a un determinado bien en provecho de otro, tal como se evidencia del contenido del artículo 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, al señalar expresamente que: “*Toda persona que de manera exclusiva o predominante posea o controle una vía general de telecomunicación, deberá permitir el acceso o utilización de la misma por parte de los operadores de telecomunicaciones que se lo soliciten*”. En materia de telecomunicaciones, la limitación a la propiedad surge, siguiendo el criterio doctrinal del Doctor Kummerow de los supuestos que dan origen a esta figura, como un derecho del operador propietario de la vía, dada la situación desfavorable en la que éste se encuentra, por la imposición de una auténtica servidumbre (y por ello, coactiva), mediante una contrapartida, es decir, previo el pago de una indemnización al operador propietario que ha de soportarla, tal como lo indica el artículo 128 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, conforme al cual la utilización de las vías generales de telecomunicaciones por una persona distinta al operador propietario generará el pago de una contraprestación que será fijada de común acuerdo entre las partes. Tal como lo indica Juan Roca,⁵ citado por el Doctor Kummerow, la indemnización se justifica por el aumento evidente de la utilidad experimentada por el operador entrante que se beneficia de la vía general de telecomunicaciones, en detrimento –o a costa– del inmueble o infraestructura que sufre la carga propiedad del operador establecido.

En materia de telecomunicaciones, no hablamos de predios dominantes o sirvientes definidos por el Derecho Privado, sino que se crea una nueva figura jurídica denominada “Vía General de Telecomunicaciones” cuya definición es bastante amplia incluyendo “todo elemento que permita emplazar los

⁴ Wolf, Martín. *Derecho de Cosas*. En *Tratado de Derecho Civil de Enneccerus, Kipp y Wolf*, tomo III. Traducción Blas Pérez González y José Alguer. 8ª revisión. Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1936.

⁵ Roca, Juan J. *De las servidumbres*. Colección Nereo, Barcelona, 1961.

medios físicos necesarios para la prestación de servicios de telecomunicaciones”, a su vez podemos entender por “emplazar” el acto de colocar, situar, ubicar o instalar los medios físicos en la vía general de telecomunicaciones, que permiten prestar los diferentes servicios de telecomunicaciones. Por otra parte, podemos entender por “Medios Físicos”, todos aquellos equipos, cableados y sistemas en general requeridos para la prestación de los servicios de telecomunicaciones.

2. LIMITACIONES LEGALES EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS Y ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL

Dentro de nuestro Código Civil, las limitaciones legales a la propiedad predial surgen como restricciones al contenido normal del ejercicio del derecho de propiedad, y están presididas por el criterio de “utilidad”. Las vías generales de telecomunicaciones representan una limitación legal de la propiedad predial que tiene por objeto una utilidad pública, fundada en la declaratoria de interés general de las actividades en el sector de telecomunicaciones, tal como lo establece el artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones,⁶ conforme al cual *“el establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones se consideran actividades de interés general”*. Por otra parte, la simple utilización de las vías generales de telecomunicaciones, deben ser consideradas de interés general debido a su condición de recursos limitados, aparte de la utilidad pública y social del establecimiento y desarrollo de las redes de telecomunicaciones, establecida en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones antes comentada. Los operadores entrantes al mercado requieren de acceso irrestricto a las vías generales de telecomunicaciones, a los fines de poder competir en un régimen de igualdad con los operadores establecidos, convirtiéndose en un aspecto económico y de mercado clave para el logro de una competencia efectiva en el sector telecomunicaciones. El acceso irrestricto a estos recursos limitados al cual hacemos referencia, obviamente estará limitado a las condiciones y regulaciones impuestas por el regulador (CONATEL) relacionadas con los criterios de sustituibilidad de las vías que analizaremos en páginas siguientes.

El Código Civil en su artículo 644, establece que: *“Las limitaciones legales de la propiedad predial tienen por objeto la utilidad pública o privada”*, seguidamente en el artículo 645 describe el objeto de la utilidad pública de

⁶ *Gaceta Oficial* N° 36.970 de 12 de junio de 2000. Ley Orgánica de Telecomunicaciones. *Gaceta Oficial* N° 36.970 de 12 de junio de 2000.

forma casuística nombrando entre otros la conservación de los bosques, el curso de las aguas, el paso de las orillas de los ríos y canales navegables, la navegación aérea, la construcción de caminos y deja abierto el tipo o supuesto de hecho de la norma, agregando: “y otras obras públicas” dentro de las cuales se encuentran, entre otros, el servicio eléctrico y las telecomunicaciones. Sin embargo, el propio Código Civil en el artículo 645 establece un presupuesto formal dentro del cual deben ser estipuladas tales limitaciones legales a la propiedad predial, asegurando que todo cuanto concierne a estas limitaciones se determinará por leyes y reglamentos especiales.

Bien, como lo señalaba el Doctor Kummerow, la expresada remisión del Código Civil a las normas especiales enmarcadas en un ámbito exorbitante del derecho privado, conduce la investigación de las diversas restricciones del contenido del dominio hacia un abultado conjunto de dispositivos técnicos que contienen los hoy denominados servicios públicos domiciliarios como lo son el agua, la electricidad, el gas, entre otros, los cuales no fueron comprendidos expresamente en la enumeración del artículo 645 del Código Civil pero que sin duda alguna pasan a formar parte del listado y están comprendidos dentro de la categoría de “obras públicas” destinadas a la prestación de servicios públicos o a las actividades de interés general en el caso específico de las telecomunicaciones.

El derecho de acceso y uso de infraestructuras físicas, bienes de uso público y derechos de vía es una medida de fomento de la competencia en el mercado de los servicios de telecomunicaciones. Se persigue por tanto, proporcionar alternativas a los operadores entrantes que garanticen el acceso razonable, en igualdad de condiciones y de forma no discriminatoria a las infraestructuras ya establecidas. La tendencia normativa de los órganos reguladores, tanto en Europa,⁷ es el velar por el uso compartido de los recursos debido a sus beneficios en el campo de la ordenación territorial, la salud pública y medioambiental, fomentándose a través de la consecución de acuerdos voluntarios y, sólo en los casos en que las empresas no dispongan de alternativas viables, es que puede resultar adecuado imponer la obligación de compartir recursos o propiedades. La más moderna regulación europea se inclina por incluir entre las especies de bienes objeto de uso compartido, entre otros, la ubicación física, y el uso compartido de conductos, edificios, repetidoras, antenas o sistemas de antenas. Mientras tanto, en el marco de la Comunidad Andina de

⁷ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 07 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

Naciones, se está trabajando en un proyecto de “Resolución sobre el acceso y uso a infraestructuras físicas, bienes de uso público y derechos de vía, para servicios de telecomunicaciones”,⁸ en la que, al igual que en Europa, se ha decidido implementar un mecanismo de “desagregación” de infraestructuras de los operadores que algún momento ocuparon el monopolio natural del sector, comenzando por separar del ámbito del dominio de dicho operador incumbente las conexiones y redes de acceso local fijo o móvil (lo que se conoce como “Bucle Local de Abonado”) y a los elementos usados por ambas partes al mismo tiempo, tales como derechos de vía, ductos, postes, torres, plantas de energía e instalaciones físicas o espacios en general.

En este sentido, es indispensable que el ente regulador intervenga directamente en la implementación de mecanismos regulatorios que materialicen el aprovechamiento de infraestructuras existentes de manera que se promueva la adopción de nuevas tecnologías, la introducción de nuevos servicios y se permita de forma clara la reventa de los servicios existentes incentivando plenamente la inversión en el sector en busca de la competencia efectiva de los mercados.

Desde otro punto de vista, es necesario reglamentar material y formalmente los permisos para el acceso a los bienes públicos y la función del regulador debe ser la de concertar los intereses públicos del sector de las telecomunicaciones con intereses urbanísticos y ambientales, entre otros, como medida de protección al usuario participando activamente en la formación de estándares técnicos, estableciendo por ejemplo límites a la radiación de las antenas y radiobases, normas de aislamiento técnico y eléctrico en cableados, entre otros. Todo lo anterior hace parte de una nueva realidad que conlleva la necesidad de fijar parámetros uniformes y procura el aumento de la competencia y la calidad bajando los precios de los servicios de telecomunicaciones.

3. NATURALEZA, TITULARIDAD Y OBJETO DE LAS VÍAS GENERALES DE TELECOMUNICACIONES

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones entiende por “Vías Generales de Telecomunicaciones” los elementos que permiten emplazar los medios físicos necesarios para la prestación de servicios de telecomunicaciones, de conformidad con lo previsto en el Reglamento respectivo, dejando en manos del Poder Ejecutivo la actividad normativa reguladora, la cual deberá definir

⁸ Comité Andino de Autoridades de Telecomunicaciones (CAATEL). XVII-EX/Doc.4. Rev. 1, de fecha 06 de marzo de 2003. Uso de Infraestructuras.

de forma específica el alcance del concepto y, a su vez definir la forma de los actos de aplicación de esta normativa jurídica.

En el mismo artículo 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, se establece de forma directa la obligación de toda persona (operador, ente público o particular) que de manera exclusiva o predominante posea o controle una vía general de telecomunicación, deberá permitir el acceso o utilización de la misma por parte de los operadores de telecomunicaciones que se lo soliciten, cuando su sustitución no sea factible por razones físicas, jurídicas, económicas, técnicas, ambientales, de seguridad o de operación. Como manifestación de la actividad regulatoria que no se separa de la intervencionista de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), se estableció que todos los operadores tendrán el derecho de hacer uso de las vías generales de telecomunicación existentes, en la forma y modalidades que determine dicha Comisión, en concordancia con la Ley. Podemos observar en este caso un típico ejemplo de la acción regulatoria del Estado, tal como la define el Profesor Araujo-Juárez,⁹ es decir, una actividad de limitación, regulatoria u ordenadora, en la cual el Estado se revela en su potestad de “*imperium*”, así como en su capacidad de ordenar y de subsumir a los particulares a disposiciones fundamentalmente de rango legal o normativo, acción ésta la cual el ente regulador establece limitaciones, condicionamientos o cargas a los ciudadanos que se consideran necesarias para una adecuada convivencia o para la satisfacción de un mayor bienestar social.

Adicional a la actividad de policía administrativa, regulatoria y de arbitraje desplegadas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en cuanto a las vías generales de telecomunicaciones, el artículo 127 de la Ley antes citada, también impone a la Comisión la labor de promoción de la utilización racional y en condiciones no discriminatorias de las vías generales de telecomunicaciones, del mismo modo, de forma genérica impone a los órganos y entes del Estado que tengan competencia en materia de urbanismo, el establecer políticas que conlleven a prever la inclusión de vías generales de telecomunicaciones en los proyectos de construcción de obras públicas, así como en la elaboración de planes de ordenación territorial y desarrollo urbano estatales y municipales.

⁹ Araujo-Juárez, José. *Manual de Derecho de los Servicios Público*. Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2003.

Gaspar Ariño¹⁰ nos indica que las infraestructuras de telecomunicaciones están conformadas por dos tipos de bienes, los primeros son “predominantemente materiales físicos (cables, conducciones, edificios)”, y los segundos incluyen, componentes inmateriales entre ellos los derechos de uso del dominio público, las frecuencias radioeléctricas y, por último pero no menos importantes, se encuentran las servidumbres legales o derecho de vía. En tal sentido, observamos que los derechos de vía forman parte de las propias redes, como elementos inmateriales a los cuales los operadores pueden acceder, y éstas comprenden entre otros elementos los siguientes: toda obra civil necesaria para instalar las redes de cables o radioeléctrica, los conductos por los cuales se tienden los cables (fibra óptica, coaxiales, cobre, entre otros), las edificaciones que albergan los nodos de comunicación, o los accesos y suministros de energía a los radioenlaces. Tal como lo sostienen los autores antes citados, la característica principal de las infraestructuras es su vinculación permanente al sistema de telecomunicación, se les da la categoría de bienes *afectos* a servicio de telecomunicaciones, cuyo régimen jurídico viene esencialmente determinado por dicha afectación.

Otros autores como Fernando Pablo,¹¹ del campo del derecho administrativo, han sostenido que por razones de distinto tipo, relacionadas con la intención de disminuir efectos e impactos en el campo del urbanismo y del ambiente, o por otra parte, en vista de la escasez de los recursos o implementación de una competencia efectiva, los operadores de telecomunicaciones pueden ser obligados a través de la legislación (servidumbres legales) bajo determinadas circunstancias, a “*abrir*” sus infraestructuras y, no sólo los *derechos de paso* que aquí comentamos, sino que además están obligados a abrir sus elementos de red (caso de la interconexión), al uso y disfrute de terceros competidores.

Debemos resaltar que para el momento de la elaboración del presente trabajo, el ente regulador no ha cumplido con el mandato legal de la regulación sectorial y específica de esta institución jurídica, de manera que las apreciaciones aquí efectuadas surgen de las experiencias internacionales en la materia y de las fuentes de derecho comunitario andino y europeo sobre las cuales se fundamentó el régimen legal venezolano. En este sentido, el objeto

¹⁰ Gaspar Ariño y De La Ceutara, Juan Miguel. *Las Telecomunicaciones por Cable. Su regulación Presente y Futura*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. UNAM, Madrid, 1996.

¹¹ Fernando Pablo, Marcos. *Derecho General de las Telecomunicaciones*. Editorial COLEX. Universidad de Salamanca. 1998.

de la futura regulación será el desarrollar el régimen sublegal general aplicable a las vías generales de telecomunicaciones; establecer las condiciones generales, técnicas y económicas que regirán el acceso y utilización de éstas, así como las normas aplicables a las relaciones que surjan con motivo de la contratación de las mismas, entre los operadores de telecomunicaciones y aquellas personas que, de manera exclusiva o predominante, posean o controlen vías generales de telecomunicaciones.

La limitación de la propiedad, como ya se indicó, en principio está dirigida conforme al artículo 126 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones a *“Toda persona que de manera exclusiva o predominante posea o controle una vía general de telecomunicaciones...”*, siendo que en ningún caso la ley antes citada se refiere al concepto de propiedad, sino que se refiere expresamente a las figuras de la *“posesión”* y aun aspecto novedoso no contemplado en el Derecho Privado denominado *“control”* sobre la infraestructura física. En este sentido, estimamos que la ley en este aspecto se excede y contempla erróneamente un supuesto de derecho que escapa de la clasificación típica de los *Derechos Reales* establecidos en el Código Civil y que magistralmente se encuentra desarrollada en la obra del Doctor Kummerow dedicada al estudio de los Bienes y Derechos Reales, quedando en manos del reglamentista la aclaratoria de este supuesto denominado *“control”*. A todo evento, estimamos que la interpretación correcta de la letra de la ley se refiere a todas aquellas personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que poseen un derecho real entendido según Roca Sastre,¹² como *“aquel derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder o señorío directo e inmediato sobre una cosa determinada, sin necesidad de intermediario alguno personalmente obligado, y que impone asimismo a todo el mundo (erga omnes) un deber de respeto o exclusión y, a veces, cuando se trata de derechos reales limitados, un “hacer” o un “no hacer” posiblemente conectado a un “soportar”*. Tal como lo expresa el Doctor Kummerow *“las servidumbres no consisten en el ejercicio fraccionario de los poderes integrados al dominio pleno”*, sino que por el contrario debemos aceptar y entender que *“la propiedad es un derecho unitario, no la suma de derechos susceptibles de parcelamiento”*; en consecuencia, la creación del derecho real de servidumbre involucra únicamente una limitación al ejercicio de las facultades que, normalmente, le están atribuidas al titular. Así, la constitución de una vía general de telecomunicaciones sobre las infraestructuras del operador establecido en favor de un operador entrante, no significa la cesión de una parte del dominio sobre la propia infraestructura, desde luego que el propieta-

¹² *Ob. Cit.*, N° 5.

rio (operador concedente) mantiene su derecho de utilizar (pasar) sobre el predio (vías generales de telecomunicaciones), aunque haya limitado (voluntariamente) el ejercicio exclusivo, y excluyente, de tal prerrogativa.

Las vías generales de telecomunicación como servidumbres que son, tal como lo sostiene Castán Tobeñas¹³ en su Curso de Derecho Civil Español “*participaciones limitadas en el goce o aprovechamiento de la cosa de otro*” y, por consiguiente, un derecho real limitado sobre la cosa ajena, matizado (diferencia específica) por la utilidad o ventaja que las vías generales de telecomunicaciones prestan a otro operador. Tal ángulo visual no envuelve, sin embargo, la creación de una relación jurídica vinculante sobre las infraestructuras, desde el momento en que los beneficiarios de las ventajas o quienes han de soportar las cargas son, en último término, los propietarios de las vías generales de telecomunicaciones, siendo ellos los sujetos conectados por la relación real.

Siguiendo con la catalogación elaborada por el profesor José Castán Tobeñas¹⁴ ampliada en otras fuentes doctrinales, los caracteres fundamentales de las servidumbres pueden disponerse en la siguiente forma: Primero, la servidumbre es un *derecho real*. En segundo lugar, la servidumbre *recae sobre la cosa ajena*. Por último, la servidumbre es una *limitación del derecho común de propiedad*. Procederemos a continuación a analizar cada uno de estos aspectos a la luz del régimen regulatorio de las telecomunicaciones:

1.- Las Vías Generales de Telecomunicaciones como un Derecho Real:

Esto implica que la servidumbre impuesta recae sobre la cosa ajena, es decir, sobre todo elemento que permita emplazar los medios físicos necesarios para la prestación de servicios de telecomunicaciones y confiere a su titular una acción real característica (en este caso la acción confesoria que explicaremos más adelante). Tal como lo señala el Doctor Kummerow, para la concepción clásica, la servidumbre no puede manifestarse más que en un *pati* (soportar) –tolerar el paso del cable de fibra óptica por el ducto o canalización que nos pertenece, por ejemplo– o en un *non faceré* –no desconectar equipos ubicados en propiedad del otro operador, por ejemplo–, que se traduce en la omisión de una conducta que normalmente hubiera podido observar el dueño en ejercicio del derecho de propiedad. Para la misma direc-

¹³ Castán, Tobeñas José. *Derecho Civil español, común y foral*. II. 9ª edición. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957.

¹⁴ *Ob. Cit.*, N° 11.

ción clásica, la servidumbre no puede consistir en el derecho de exigir a un obligado un *facéré*. Un deber de este rango tendrá sólo un carácter personal y no real (*servitus in faciendo consiteri nequit*), o, dicho en otra forma, un *facéré* no constituirá nunca el contenido principal de una servidumbre o derecho de vía.

En Francia, particularmente, una jurisprudencia progresiva comentada por Ginossar,¹⁵ ha ampliado la noción de servidumbre para hacerla coincidir, no sólo con las convenciones de contenido negativo, sino, también, con una nutrida serie de compromisos positivos (suministros de agua, de carbón, de fuerza motriz, entre otros), así la naturaleza real de la obligación puesta a cargo del propietario de las vías generales de telecomunicaciones – *sirviente*, de hacer los gastos necesarios para el uso y la conservación de la servidumbre – obligación fundada en el título –, es innegable (v... Código Civil, artículo 730) tal como ocurre en el caso del compromiso asumido por quien concede agua de un manantial o un canal, de construir las obras ordinarias y extraordinarias para la derivación y conducción de las aguas hasta el sitio en que la suministre (Código Civil, artículo 736), en ambos casos se constituye una obligación *propter rem* de signo indiscutible.

Por otra parte, el Doctor Kummerow analiza alguna parcialidad de la doctrina, que se inclina por la resistencia a admitir la existencia de servidumbres positivas (*servitus "in faciendo"*) que ha motivado la desviación del centro de gravedad hacia las obligaciones (reales) accesorias. Desde este ángulo, los compromisos adquiridos por los propietarios de las vías generales de telecomunicaciones sirvientes ejemplificados, no colocarían el *facéré* dentro del contenido principal de la servidumbre. El deber –de sensible contenido positivo– puesto a cargo del propietario de las vías generales de telecomunicaciones sirviente, resultaría únicamente el ingrediente de una obligación accesorio emergente de la concurrencia de derechos rivales. La doctrina trata de mantener abierta una brecha entre el derecho real que se ejerce "*adversus omnes*" y la obligación "*propter rem*", que reconoce un obligado específicamente determinado, tal como lo sostiene Grosso y Dejana¹⁶ citados por el Doctor Kummerow.

Lo cierto es que los requerimientos de los textos positivos (por ejemplo, los artículos señalados del Código Civil venezolano) imponen a los que

¹⁵ Ginossar, S. *Droit réel, propriété et créance*. Lib. Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1960.

¹⁶ Grosso, Giuseppe y Dejana, Giommaria. *LE servitù prediali*. UTET, Turín, 1951.

sigan esta corriente la disección de los conceptos en el marco contractual al momento de la negociación y elaboración de los acuerdos sobre las vías generales de telecomunicaciones. Los deberes a cargo del propietario de las vías generales de telecomunicaciones sirvientes, surgirían a manera de *obligaciones accesorias* de las servidumbres. Estas *obligaciones accesorias* hallan su fuente en el título (constitutivo) o en la ley. Para el Doctor Kummerow sea cual fuere la dirección que se adopte, la resultante obligada consiste en la admisión de una prestación positiva puesta a cargo del obligado real y exigible por el titular del derecho de acceso a las vías generales de telecomunicaciones. La obligación –de esta forma contemplada– se traslada a los sucesivos adquirentes de dicho operador en los casos de cambio de titularidad previstos, tanto en el artículo 195 como del 198 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, independientemente del conocimiento que ellos tomen de la circunstancia anotada (la persistencia del gravamen) y, el obligado podrá liberarse por conducto del abandono de la infraestructura de telecomunicaciones gravada.

2.- El derecho de acceso a las vías generales de telecomunicaciones recae sobre la cosa ajena: Obviamente, la configuración del derecho de acceso las vías generales de telecomunicaciones presupone la existencia de dos operadores debidamente habilitados que pertenezcan a propietarios distintos (versión del principio *nemini res sua servit*), quedando excluida la operación por parte de las filiales a quienes se les debe dar un trato igualitario a los demás operadores sin afectar en ningún caso el principio de no discriminación. Por aplicación de esta característica, lógicamente debe admitirse la extinción de los contratos de vías generales de telecomunicaciones por confusión de los derechos de propiedad, sobre las infraestructuras en un solo sujeto.

3.- La servidumbre es una derogación del derecho común de propiedad: Las vías generales de telecomunicaciones suponen una limitación y no un fraccionamiento del derecho de propiedad. Al cesar la servidumbre, el dominio recupera su contenido normal en razón de su carácter elástico. Si se tratara de un fraccionamiento, la extinción de la servidumbre requeriría, adicionalmente, un acto del propietario encaminado a reintegrar aquella porción a su derecho.

4. PRINCIPIOS APLICABLES A LAS VÍAS GENERALES DE TELECOMUNICACIONES

Las vías generales de telecomunicaciones están reguladas por una serie de principios de diversa fuente legal, unos derivados de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones destinados a controlar la participación de los operadores

en el mercado, a los fines de garantizar el logro de una competencia efectiva en el sector y, por otro lado, los principios derivados de su naturaleza intrínseca de las “servidumbres legales” establecidas en el Código Civil.

El artículo 127 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones consagra el principio de **igualdad de acceso o trato no discriminatorio** conforme al cual “la Comisión Nacional de Telecomunicaciones procurará que se haga **uso racional y no discriminatorio** de las vías generales de telecomunicación”, resaltándose uno de los principios fundamentales que inspiran esta institución. En este sentido, todo operador que de manera exclusiva o predominante posea una vía general de telecomunicaciones, está obligado a permitir el acceso y utilización de la misma, a los operadores de telecomunicaciones que se lo soliciten en plena y total igualdad de condiciones. En consecuencia, las negociaciones y los acuerdos relacionados con el acceso y utilización de las vías generales de telecomunicaciones, deberán ajustarse además a los principios de neutralidad, buena fe, transparencia, entendidos como:

1.- No Discriminación: los operadores que presten servicios de telecomunicaciones no deberán incurrir en prácticas que impliquen trato diferenciado a otros operadores de la misma naturaleza, que busquen o pretendan favorecer a éstos o a sí mismos, en detrimento de cualesquiera de los otros operadores de telecomunicaciones. En tal sentido, no serían aceptables contratos o acuerdos con carácter exclusivo a determinados operadores en detrimento de los demás.

2.- Igualdad de Acceso: los operadores que presten servicios de telecomunicaciones a través de redes públicas de telecomunicaciones están obligados a permitir el acceso a las vías generales de telecomunicaciones en condiciones equivalentes, a todos los operadores de la misma naturaleza que así lo soliciten.

En este caso concreto entendemos por “**Acceso**” a una vía general de telecomunicaciones la posibilidad de establecer, instalar y efectuar el mantenimiento a los medios físicos requeridos para la prestación de los servicios de telecomunicaciones y por “**uso racional**” de una vía general de telecomunicaciones, entendemos la utilización y operación de los medios físicos necesarios para la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Como veremos más adelante, una de las tareas del ente regulador será definir a través del Reglamento de la ley, los requisitos necesarios para obtener el acceso y definir las condiciones de la utilización de dichas vías, garantizando en todo caso, la no afectación o el uso irracional de la misma, definiendo los límites de los de-

rechos de quien posee o controla la vía general de telecomunicaciones o los intereses públicos o de seguridad nacional, estableciendo de forma clara la normativa técnica aplicable. Por ello, el operador propietario de las vías generales de telecomunicaciones no podrá negar el acceso y utilización de la infraestructura, basándose en planes o proyectos de expansión sobrestimados a fin de justificar tal acción, momento en el cual el ente regulador deberá evaluar en cada caso concreto la veracidad de dicho plan, en unos casos, o definir el concepto de **uso irracional** en otros, que a nuestro criterio, resulta un concepto jurídico indeterminado.

En el caso que una parte (operador establecido) se niegue a permitir el acceso y la utilización de una vía general de telecomunicación o, se abstenga de emitir un pronunciamiento al respecto en el plazo que establezca el Reglamento de esta Ley, el cual como señalamos al momento de realizar este trabajo aun no ha sido publicado, la otra parte (operador entrante) podrá solicitar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones que previa audiencia de los interesados, se pronuncie al respecto, oída la opinión de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. En su decisión la Comisión Nacional de Telecomunicaciones declarará de ser procedente, la **insustituibilidad** de la vía general de telecomunicación y, consecuentemente, la ejecución forzosa de la obligación de permitir el acceso y la utilización, en los términos y condiciones fijados al efecto, de conformidad con el artículo 129 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

La decisión de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá producirse en un lapso no mayor a treinta (30) días continuos contados a partir del recibo de la solicitud, prorrogable por igual período si la complejidad del asunto sometido a su consideración así lo amerite y lo declare por acto expreso. Entendemos por insustituibilidad la condición de una vía general de telecomunicaciones cuando por razones físicas, económicas, técnicas, ambientales, de seguridad o de operación no es factible reemplazarla, y cuya utilización es imprescindible para la prestación de servicios por uno o más operadores de telecomunicaciones. Al respecto la Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá evaluar las siguientes razones para declarar la insustituibilidad:

Físicas: existencia de obstáculos físicos en la vía, tales como accidentes geográficos, cuerpos de agua, construcciones humanas, entre otros.

Jurídicas: Incumplimiento con lo establecido en Leyes, Reglamentos, Resoluciones o cualquier otro instrumento jurídico aplicable.

Económicas: La vía no sea susceptible de ser utilizada en forma indistinta, en términos de utilidad, tiempo y costo.

Técnicas: Existencia de impedimentos derivados de la tecnología o de las características técnicas de los medios físicos a utilizar para la prestación de los servicios de telecomunicaciones, y que la utilización de esa vía permita un uso más eficiente y efectivo de los recursos limitados.

Ambientales: posibilidad de daños al medio ambiente o contravención a normativas relativas a la protección del mismo.

Seguridad: incumplimiento de normativas de seguridad, establecidas en el ordenamiento jurídico, y la inexistencia de situaciones de riesgo para la colectividad u otros sistemas de telecomunicaciones, determinadas por las autoridades competentes.

Operativas: existencia de impedimentos derivados de las características y necesidades de operación de la vía general de telecomunicaciones.

Debemos entender como una negativa a permitir el acceso y utilización de una vía general de telecomunicaciones, cuando exista la manifestación expresa de la voluntad de quien posee o controla la vía en este sentido, o de forma tácita, cuando el operador propietario de la vía se abstenga de dar una respuesta a la solicitud presentada por un operador entrante dentro del lapso establecido en el futuro Reglamento de la Ley, o cuando las partes no hayan logrado suscribir un contrato dentro del lapso que fije de igual modo dicha reglamentación.

La solicitud de pronunciamiento que debe efectuar el operador a quien se le niega el acceso a la vía general de telecomunicaciones deberá, además de llenar los requisitos establecidos en el artículo 49 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, contener una relación detallada de los hechos acontecidos con relación a la solicitud de derecho de vía y presentar anexa la siguiente información:

Documentación que identifique la vía general de telecomunicaciones objeto de la solicitud; identificación de la persona que posee o controla dicha

vía; identificación y descripción de los medios físicos a ser emplazados en la vía general de telecomunicaciones y del servicio a ser prestado a través de los mismos; información general sobre el servicio a prestar; razones para alegar la insustituibilidad; capacidad requerida de la vía; prueba de la negativa a tal solicitud en caso de que se hubiese manifestado; proyecto técnico de emplazamiento de los medios físicos en la vía general de telecomunicaciones, y demostración de que no ocasionará daños a los servicios de telecomunicaciones existentes de ser el caso, ni afectará irracionalmente el uso de la misma por parte de quien la posee o controla; aspectos económicos considerados durante la negociación, de ser el caso; proyecto de contrato propuesto para el acceso y utilización de la vía general de telecomunicaciones, de ser el caso; copia de cualquier acta, minuta, correspondencia o acuerdo que se hubiere producido con relación a la solicitud de derecho de vía, e información intercambiada al respecto.

Una vez recibida la solicitud de pronunciamiento, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá iniciar un procedimiento administrativo a los fines de declarar, de ser procedente, la insustituibilidad de la vía general de telecomunicaciones y, consecuentemente, la obligación para quien la posee o controla de permitir su acceso y utilización por parte del operador o los operadores que así lo soliciten. Subsecuentemente, en la etapa de sustanciación del referido procedimiento administrativo, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones tendrá las más amplias potestades de investigación, rigiéndose su actividad conforme al principio inquisitivo. Dentro de la actividad de sustanciación la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá realizar, entre otros, los siguientes actos:

- 1.- Requerir de las partes documentos o información pertinente para el esclarecimiento de los hechos.
- 2.- Solicitar de ser necesario, a otros organismos públicos o particulares, información relevante respecto al caso.
- 3.- Evacuar cualquier prueba necesaria para fundamentar la decisión final.
- 4.- Efectuar las inspecciones y fiscalizaciones, así como todas las actuaciones que considere pertinentes para alcanzar el mejor conocimiento del caso objeto del procedimiento.

Una vez culminada la sustanciación del expediente, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones suspenderá el procedimiento administrativo, y remitirá

una copia del expediente a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, a los fines de que ésta emita su opinión en cuanto a la insustituibilidad de la vía general de telecomunicaciones objeto del procedimiento, dentro del lapso de cuarenta y cinco (45) días establecido en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Una vez recibida la opinión de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones continuará el procedimiento administrativo y decidirá sobre la insustituibilidad de la vía. Dicha decisión se deberá producir en un plazo de treinta (30) días continuos contados a partir de la fecha del recibo de la solicitud a que hace referencia el artículo 129 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, prorrogable por igual lapso, cuando la complejidad del asunto así lo requiera y en su contenido el acto administrativo se pronunciará sobre el acceso y utilización de la vía general de telecomunicaciones. Igualmente, declarará de ser procedente la insustituibilidad de la misma, e impondrá la ejecución forzosa de la obligación, pudiendo además ordenar a las partes, en el caso de que no logren un acuerdo con relación a la contraprestación a que se refiere el artículo 128 de la Ley, someter el asunto a la consideración de un perito debidamente acreditado, quien analizará las condiciones económicas del acceso y utilización de la misma. En este último caso, las partes deberán consignar ante la Comisión Nacional de Telecomunicaciones el informe detallado con los resultados producto de la evaluación efectuada por el perito, así como también, la propuesta de las condiciones económicas. El perito a que se refiere este artículo, deberá ser contratado por mutuo acuerdo entre las partes, quienes correrán con los gastos que se generen con motivo de su actuación. En todo caso, la decisión final de la Comisión tendrá carácter vinculante para ambas partes y, en tal sentido, éstas estarán en la obligación de acatarla en los términos establecidos en la misma. Sin embargo, las partes involucradas podrán desistir del procedimiento, por solicitud conjunta y motivada, así como también, podrán llegar a un acuerdo durante la tramitación del mismo, debiendo en ambos casos realizar la respectiva notificación a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.

3.- Neutralidad: el operador que preste un servicio de telecomunicaciones, que es soporte de otros servicios o que tiene posición dominante en algunos mercados relacionados, está obligado a no utilizar tales circunstancias para prestar servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia.

4.- Buena Fe: los operadores que presten servicios de telecomunicaciones a través de redes públicas de telecomunicaciones tienen la obligación de negociar los acuerdos o contratos sobre las vías generales de telecomunicaciones y deberán cumplirlos en la forma en que fueron concebidos y pactados.

5.- Transparencia: los operadores que presten servicios de telecomunicaciones a través de redes públicas de telecomunicaciones deberán garantizar que se encuentre a disposición de otros operadores la información suficiente sobre las vías generales de telecomunicaciones cuando éstos la soliciten. Por ejemplo no estaría permitido el retardo injustificado en la entrega de información que pueda dificultar la planificación o la ingeniería del proceso para el emplazamiento de los medios físicos o entregarla de manera incompleta. Tampoco se debe permitir las demoras injustificadas en las labores de mantenimiento de las vías generales de telecomunicaciones o en los medios físicos de un operador que afecte el uso de la misma.

5. PRINCIPIOS A FAVOR DEL OPERADOR ESTABLECIDO

Desde la perspectiva del operador propietario de las vías generales de telecomunicaciones debemos resaltar el principio de **Integridad de la Red** conforme al cual el ejercicio del derecho de acceso y utilización de una vía general de telecomunicación, en ningún caso, deberá afectar irracionalmente el libre uso de la misma por parte de quien la posea o controle, causarle daños a las instalaciones de éste o afectar la continuidad y calidad de su servicio. En este sentido, cuando el derecho de vía se otorgue sobre una infraestructura de telecomunicaciones de la cual se sirve otro operador con anterioridad, este derecho deberá ejercerse sin menoscabar la calidad de los servicios originalmente proporcionados por el operador que previamente se servía de ésta, debiendo ser sancionado el operador que utilice de manera irracional y desmesurada la vía de forma tal, que se agote inútilmente su capacidad. Así, el emplazamiento de cualquier medio físico necesario para la prestación de los servicios de telecomunicaciones sobre las vías generales de telecomunicaciones, deberá realizarse conforme a los requisitos técnicos y de seguridad establecidos por las normativas técnicas aplicables dictadas por el ente regulador y, obedeciendo a los instructivos de instalación y seguridad propia de los mismos.

Entre los principios derivados de la naturaleza de servidumbre de las vías generales de telecomunicaciones establecidas en el Código Civil encontramos los siguientes:

1.- Las vías generales de telecomunicaciones son indivisibles: no se admite su adquisición o pérdida parcial. Pero la naturaleza de las servidumbres implica, adicionalmente, que tanto su ejercicio como su relación con la infraestructura sobre la cual se ejercitan, sean también indivisibles, es decir, el derecho de paso sobre la vía o de acueducto, por ejemplo, no pueden ejercitarse por una tercera o una cuarta parte, tal como lo sostiene Francesco Ricci.

En este sentido, la servidumbre aprovecha al predio dominante en su totalidad, no en fracciones. Por este mismo conducto, se entiende que la servidumbre que grava una fracción de la infraestructura de red se supone constituida a favor de la integridad del inmueble dominante. La misma nota de indivisibilidad implica que si la vía general de telecomunicaciones pertenece *pro indiviso* a varios sujetos, la servidumbre no queda, por ello, fraccionada en cuotas o partes intelectuales. Tal como lo sostiene el Doctor Kummerow la proyección diáfana de la *invisibilidad* son los artículos 756 y 757 (el uso de la servidumbre por uno de los titulares pro indiviso de un fundo impide la prescripción respecto de todos los condueños. La suspensión o interrupción de la prescripción a favor de uno de los copropietarios aprovecha, igualmente, a todos los demás). Mas la indivisibilidad atañe a la relación constituida y no al contenido económico oriundo de la servidumbre. Por ello, la *divisibilidad* es realizable *en la participación o en el producto de la utilidad* vinculada al derecho.

2.- Las vías generales de telecomunicaciones deben tener *causa perpetua* (*causa perpetua servitutis*). Esto último no se identifica con un criterio de duración perpetua del gravamen. Se relaciona con la aptitud del operador establecido o sirviente para prestar una utilidad permanente al operador entrante. Desaparecida la razón de necesidad que motiva su existencia, la servidumbre se extingue.

3.- La servidumbres no se presumen. Es decir, su constitución y existencia deben probarse, en el caso de las vías generales de telecomunicaciones a través de la vigencia de un acuerdo o contrato, tal como en los casos de derecho real inmobiliario, la constitución o modificación de las servidumbres están sometidas a la formalidad del registro (Código Civil, artículo 1.920, ordinal 2), para que surtan efecto contra los terceros que, por cualquier título, hayan adquirido y conservado derechos sobre el inmueble gravado (Código Civil, artículo 1.924).

4.- El ejercicio de la servidumbre sobre las vías generales de telecomunicaciones debe adaptarse al objeto y necesidades para que se estableció, sin que el propietario de las vías generales de telecomunicaciones pueda oponer obstáculos, y el operador entrante debiendo comportarse “*civiliter*”, es decir, procurando que el ejercicio de la servidumbre resulte lo menos gravoso posible para el sirviente.

5.- La interpretación, en los casos conflictuales ha de ser estricta e inclinarse, en lo posible, al interés y condición del operador propietario de las vías generales de telecomunicaciones.

6.- La inherencia (predialidad) de la servidumbre sobre las vías generales de telecomunicaciones, una vez constituida, prohíbe la enajenación total o parcial de la misma, separadamente del resto del inmueble, o la constitución de otro gravamen del mismo tipo sobre ella. La transmisión del dominio ejercido sobre el inmueble dominante arrastra la transferencia de la servidumbre que lo favorece. La aplicación del principio de “*servitus servitutis esse non potest*”¹⁷ implica: a’) La inalienabilidad de la servidumbre separadamente del inmueble dominante; y b’) Que, a diferencia de otros derechos reales sobre la cosa ajena la servidumbre creada sobre un inmueble no comprende la servidumbre activa de éste sobre una tercera propiedad (constituida por “A”, una servidumbre de paso por su inmueble a favor de “B”, ello no envuelve la servidumbre del mismo tipo correspondiente a “A”, sobre el inmueble de “C”).

De acuerdo con la doctrina más acertada expuesta por el Doctor Kummerow la inalienabilidad de la servidumbre –que constituye prédica constante en la doctrina tradicional– torna ineficaz su transferencia a un inmueble distinto de aquel a cuyo favor se constituyó, salvo autorización expresa del operador propietario de la vía general de telecomunicaciones; pero en esta hipótesis opera, en verdad, la extinción de la anterior servidumbre y la creación de otra. Por el contrario, la servidumbre se transfiere *necesariamente* (en sentido activo y pasivo) con la transmisión del inmueble dominante o del sirviente, sin necesidad de mediar un acto expresamente dirigido a lograr este efecto, como consecuencia normal de la *realidad* de la relación fundante.

¹⁷ Burdese, Alberto. *Servitù prediali*. Casa Editrice Doctor Francesco Vallardo, Milán, 1960.

6. LOS CONTRATOS DE DERECHOS DE VÍA

El artículo 128 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece que “Las partes acordarán de mutuo acuerdo los términos y condiciones en los cuales se realizará el acceso y la utilización de las vías generales de telecomunicaciones”. Dicho acuerdo que se expresará en forma escrita dará origen a un “Contrato de Derecho de Vía” que no es más que la manifestación de voluntad bilateral entre quien, de manera exclusiva o predominante, posee o controla una vía general de telecomunicaciones y un operador de telecomunicaciones, en el cual se establecen los términos y condiciones aplicables al acceso y utilización de dicha vía, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, sus reglamentos y demás normas aplicables.

En este caso, quien desee hacer uso de una vía general de telecomunicaciones deberá solicitarlo en forma escrita a quien la posea o controle, indicando todos los elementos técnicos del proyecto a desarrollar y demás requisitos que prevea el Reglamento de desarrollo de la Ley. Así mismo, el solicitante deberá remitir una copia de dicha solicitud a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes para su información. Igualmente, las partes deberán enviar a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones una copia del acuerdo al que lleguen, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su firma, para su revisión.

En principio, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones establece como principio en materia contractual la autonomía de la voluntad o el libre acuerdo entre las partes sin condicionar en forma alguna el contenido de dicho contrato. Por ello estimamos que el Reglamento de la Ley en este sentido, no puede ir más allá de la voluntad del legislador e imponer unas condiciones mínimas, tal como ocurre en el caso de los Acuerdo de Interconexión, que como se ha discutido sobre manera en la Doctrina,¹⁸ se trata de contratos normados o forzosos, los cuales están sometidos al control permanente del órgano regulador. Sin embargo, estimamos que los contratos de derecho de vía que sean suscritos entre el operador propietario de la vía general de telecomunicaciones y el operador solicitante, deberán contener, como mínimo las siguientes consideraciones de orden general, económicas y técnicas:

¹⁸ García De Enterría, Eduardo. *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*. Editorial Civitas, España, 1999.

- La descripción de la vía general de telecomunicaciones y de los servicios a ser prestados mediante la utilización de la vía general de telecomunicaciones.
- Los procedimientos que serán utilizados para el intercambio de información necesaria, para el buen funcionamiento y control de la vía general de telecomunicaciones y para el mantenimiento de una calidad adecuada de ésta, así como de los servicios de telecomunicaciones que haciendo uso de ella se prestan.
- Las medidas a tomar por cada parte, para garantizar la integridad y seguridad tanto de la vía general de telecomunicaciones como de los medios físicos emplazados en la misma.
- Los procedimientos y los lapsos que serán empleados para el intercambio de información entre las partes, relacionada con modificaciones técnicas u operativas sobre la vía general de telecomunicaciones, así como ampliaciones de la capacidad de la misma, que pudiesen afectar el cumplimiento de lo establecido en el contrato de derecho de vía.
- La responsabilidad de cada parte en las pruebas de aceptación y en la recepción de las obras, de ser el caso.
- Los procedimientos que serán empleados para efectuar la coordinación entre las partes, en todo lo referente a las reparaciones de averías y mantenimiento que se requieran para las vías generales de telecomunicaciones y los medios físicos emplazados en éstas.
- La indicación de las responsabilidades de cada parte, en cuanto a los gastos que se generen por reparación y mantenimiento de la vía general de telecomunicaciones y los medios físicos emplazados, así como por daños causados por una de las partes a la propiedad de la otra.
- Los procedimientos que serán empleados para las notificaciones y comunicaciones entre las partes.
- La duración del contrato y procedimientos para su renovación, dejando a salvo las consideraciones sobre la perpetuidad de las servidumbres derivada de las instituciones del derecho civil.

- Los mecanismos para la solución de controversias de todo tipo, relacionados con la ejecución del contrato.
- Indemnización a que haya lugar entre las partes por incumplimiento del contrato, y los mecanismos para el pago.
- Los mecanismos para la renovación y renegociación del contrato, así como las causas de terminación del mismo.
- Las partes podrán acordar el establecimiento de una fianza para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.

Entre las condiciones técnicas encontramos:

- Especificaciones técnicas de los servicios de telecomunicaciones que prestará el operador que haga uso de la vía general de telecomunicaciones.
- Planos de las instalaciones de los medios físicos que se emplazarán sobre las vías generales de telecomunicaciones.
- Diagramas de bloque de las conexiones entre los medios físicos que se emplazarán en la vía general de telecomunicaciones.
- Características técnicas propias de la vía general de telecomunicaciones.
- La capacidad de la vía general de telecomunicaciones, la utilizada y de reserva, así como los futuros requerimientos de utilización de la vía.
- Cronograma de instalación de los medios físicos.
- Las medidas y sistemas de gestión para lograr el adecuado mantenimiento de los medios físicos y de la vía general de telecomunicaciones.
- Las medidas de seguridad que serán tomadas para garantizar la integridad de los medios físicos y de la vía general de telecomunicaciones.

Se deben establecer adicionalmente cuál será el régimen de responsabilidad en el uso compartido de las vías generales de telecomunicaciones, en el sentido de determinar, la responsabilidad por la integridad de las redes de tele-

comunicaciones y la vía propiamente dicha, que en principio estimamos estaría en cabeza de su propietario, es decir, quien la posee o controla, salvo que las partes lleguen a un acuerdo distinto en el contrato. Además, el proyecto técnico y la instalación de los medios físicos del operador que solicitó el derecho de vía, así como su mantenimiento, serán responsabilidad del operador que se sirva de la vía general de telecomunicaciones.

Por otra parte, se deben establecer condiciones económicas como costos de inversión, operación y mantenimiento, adecuaciones y contraprestación, entendiendo por estos el valor expresado en unidades monetarias, que representa el monto acordado entre las partes a ser pagado por un operador de telecomunicaciones, a quien posea o controle una vía general de telecomunicaciones, por concepto del acceso y utilización de la misma. El operador que solicite el acceso y utilización de la vía general de telecomunicaciones los costos de inversión, operación y mantenimiento de los medios físicos, así como de las instalaciones adicionales necesarias para la prestación de su servicio, así como de las obras de adecuaciones y nuevas instalaciones requeridas para la implementación del derecho de vía. Sin embargo, cuando se estime que tales adecuaciones constituyen mejoras en el inmueble usado para tal fin y, por tanto, son de provecho para quien posee o controla la vía general de telecomunicaciones, las partes podrán acordar asumir los costos de forma compartida.

Al momento de fijar una contraprestación se deberán establecer mecanismos en base a los cuales se calcularán los pagos generados por este concepto, así como las modalidades y procedimientos de presentación de cuentas, liquidación y pagos causados por este concepto. También, deberá estipularse desde qué momento comenzará a causarse el pago de la contraprestación, estimamos que a partir de la fecha en que el operador solicitante comience las obras para la instalación de los medios físicos necesarios para la prestación de su servicio.

Para el establecimiento de los contratos de derecho de vía, el operador interesado deberá solicitar el acceso y la utilización de la vía general de telecomunicaciones, mediante comunicación dirigida a quien posea o controle la misma. Dicha solicitud debería contener:

- 1.- Información general sobre el servicio a prestar.
- 2.- Capacidad requerida de la vía general de telecomunicaciones.

3.- Las características técnicas de los medios físicos que se requieren emplazar sobre la vía general de telecomunicaciones.

Así mismo, el operador interesado deberá presentar a quien posea o controle la vía, el proyecto técnico a desarrollar para el emplazamiento de los medios físicos en la vía general de telecomunicaciones, con indicación del programa de instalación, anexo a la solicitud contemplada en el presente artículo. De ser el caso, el interesado podrá solicitar a quien posea o controle la vía general de telecomunicaciones, la información necesaria para ampliar el referido proyecto técnico. El operador solicitante deberá enviar copia de su solicitud a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, dentro de un lapso de diez (10) días hábiles contados a partir de la fecha de su presentación.

Por aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil en esta materia debemos recordar que la principal forma de constitución de una servidumbre es por un título y, en términos genéricos, conforme a la doctrina seguida por el Doctor Kummerow por título se entiende todo acto o negocio jurídico, *inter vivos o monis causa*, gratuito u oneroso, que da origen a la servidumbre. Constituida por acto de última voluntad, la servidumbre no requiere del consentimiento de los herederos para alcanzar existencia jurídica. La constitución regular de las servidumbres, debe hacerse por escrito y está sometida a publicidad registral, para alcanzar efectos contra terceros que hayan adquirido y conservado legalmente derechos sobre el inmueble (Código Civil, artículo 1920, Ord. 2 y 1924).

La servidumbre no puede ser constituida sino por quien tiene facultad para disponer del inmueble gravado. Por ello, el usufructuario no está facultado para imponer servidumbres pasivas al inmueble concedido en calidad de usufructo, aun cuando goza de las servidumbres activas creadas a favor del fundo usufrutuado (Código Civil, artículo 599). El *enfiteuta* puede imponer servidumbres sobre el fundo enfitéutico, pero éstas cesan al terminar la enfiteusis (Código Civil, artículo 751).

Sin consentimiento del titular de un derecho personal de goce o de un derecho real limitado (usufructo, por ejemplo) sobre el predio, el propietario no puede constituir una servidumbre si con ello perjudica al referido titular: mas no si la servidumbre beneficia al predio (arg. Artículo 722).

7. OTRAS FORMAS DE CONSTITUIR LAS VÍAS GENERALES DE TELECOMUNICACIONES

Teóricamente tal como lo señala el Doctor Kummerow han sido simplificados los modos de constitución de las servidumbres así:

- a) **Coactivamente, por imposición de la ley o Servidumbre Forzosa** (caso de las vías generales de telecomunicaciones);
- b) **Por voluntad del hombre (servidumbres voluntarias)**, peldaño dentro del cual se colocan la constitución por el título, por prescripción y por destinación del padre de familia, en este caso sólo abarcamos ciertas consideraciones sobre la adquisición por usucapión aplicables en la materia.

A) Adquisición por usucapión

Tal como lo afirma el Doctor Kummerow en el Capítulo XII, N° 70 del tratado de Bienes y Derechos Reales, la prescripción adquisitiva es un modo originario de adquirir, aplicable a las servidumbres (*retro*. El artículo 720 del Código Civil, reconoce expresamente la prescripción al fijar el punto de partida de la posesión *ad usucapionem*, en las hipótesis de las servidumbres continuas y aparentes, desde el día en que el operador solicitante del acceso a las vías generales de telecomunicaciones haya comenzado a ejercerlas sobre el inmueble sirviente, y para las servidumbres continuas no aparentes y discontinuas no aparentes, desde el día en que el solicitante manifieste por escrito al operador propietario de las vías generales de telecomunicaciones su pretensión sobre ellas. Con esta norma se dio en la reforma de 1942, una respuesta positiva a las vacilaciones frecuentes en la doctrina clásica –en especial, la fundada en el Código Civil italiano de 1865, y en los Códigos venezolanos derogados–, sobre la usucapibilidad de las servidumbres continuas y discontinuas no aparentes.

En materia de telecomunicaciones estos casos son muy frecuentes, a nivel regional en donde los operadores de televisión por suscripción locales, han venido utilizando de forma inconsulta la infraestructura de postes, ductería y canalización de empresas eléctricas (entre otras CADAPE) o de otros operadores de telecomunicaciones, en este sentido, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones nada contempló, quedando por aplicación supletoria las reglas sobre la usucapión decenal de las servidumbres, la cual se consuma por la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 1.979 del Código Civil (conc. Artículo 1.953), debemos en todo caso reseñar que el punto de

partida de la posesión *ad usucapionem* se localiza a partir de la fecha de registro del título.

El Reglamento de la ley debe considerar este tipo de situación fáctica al momento de regular los aspectos o consideraciones de orden transitorio derivados de la nueva regulación sobre la materia y, establecer un régimen especial para estos pequeños operadores permitiendo que los mismos regularicen su situación legal y, así puedan suscribir los respectivos contratos de vías generales de telecomunicaciones, contemplando por supuesto, una justa contraprestación por la utilidad que dicha vía les representa.

También la adquisición de las vías generales de telecomunicaciones puede derivar de una oferta pública, la cual debe ser notificada por escrito a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, en la que se detalle con claridad la identificación, características y condiciones técnicas, así como la capacidad de la vía general de telecomunicaciones a ser ofertada y, por supuesto, las condiciones económicas de la misma.

8. EJERCICIO DE LAS SERVIDUMBRES EN MATERIA DE VÍAS GENERALES DE TELECOMUNICACIONES

Las reglas genéricas descritas a continuación, se acomodan y aplican a todas las formas asumidas por las servidumbres, salvo las derogaciones parciales y las modalidades impuestas por algunas, en particular, o por el título (contrato de vías generales de telecomunicaciones), cuya aplicación se superpone en el escalonamiento de fuentes rectoras, siguiendo el criterio del Doctor Kummerow.

A) Medida del goce

a) La servidumbre comprende todo aquello que sea necesario para ejercitarla (Código Civil, artículo 726, primera parte) en este sentido, la constitución de una vía general de telecomunicaciones, comprenderá todos los medios, indispensables para el normal ejercicio de la servidumbre, los cuales son considerados por la doctrina como *servidumbres accesorias*. Como ejemplo el Doctor Kummerow cita el propio contenido del Código Civil, en la norma antes citada, en el cual se preceptúa que la servidumbre de tomar agua en manantial ajeno, envuelve el derecho de paso por el predio donde esté situado. El párrafo tercero del mismo dispositivo técnico ubica, dentro del derecho de hacer pasar agua por el predio ajeno, la facultad de transitar por la orilla del acueducto para vigilar la conducción del líquido y hacer las limpias y reparaciones necesarias.

En caso de dudas sobre la extensión del objeto de la servidumbre, su ejercicio se limitará a lo necesario para el destino y conveniente uso de las vías generales de telecomunicaciones, con el menor perjuicio al operador sirviente (Código Civil, artículo 734), adaptación ésta de la regla del ejercicio *civiliter* del derecho real.

b) La entidad del goce es mensurada tanto por el negocio jurídico originario del derecho como por la posesión. El titular de la servidumbre no puede hacer en ninguna de las vías generales de telecomunicaciones, innovaciones que tornen más gravosa la condición de la infraestructura de telecomunicaciones sirviente (Código Civil, artículo 733). Pero el operador titular de este derecho de vía puede hacer, a su costa, en el inmueble sirviente (ductería, canalización, postes, entre otros), las obras necesarias para el empleo de la servidumbre (Código Civil, artículos 727 y 728).

B) Alteración del estado de las cosas

En todo caso, el operador titular del derecho de vía debe hacer las obras necesarias para conservar la servidumbre en condición de no ocasionar daño a la infraestructura o redes de telecomunicaciones propiedad del operador sirviente, y el dueño de este último, no podrá hacer nada que disminuya el uso de la servidumbre o lo torne más incómodo (Código Civil, artículos 729 y 732). Así, el operador propietario de las vías generales de telecomunicaciones no está facultado para variar el estado de los inmuebles, ni trasladar su ejercicio a un lugar distinto de aquel en donde fue originalmente establecido; pero si el ejercicio se ha hecho más oneroso, o si le impide hacer trabajos, reparaciones o mejoras en aquellos lugares, podrá ofrecer al titular del derecho de vía un lugar igualmente cómodo para el ejercicio de sus derechos, y éste no puede rehusar el ofrecimiento (cambio de localización de la servidumbre: Código Civil, Artículo 732). Correlativamente, el operador titular del derecho de vía está facultado para exigir el traslado de la servidumbre a otro sitio distinto, si el cambio es para él de manifiesta utilidad y no produce daño al inmueble sirviente. Los gastos que acarree el cambio serán satisfechos por quien lo solicite (Código Civil, artículo 732)

El *abandono* (liberatorio) autoriza al propietario de las vías generales de telecomunicaciones que esté obligado a hacer, en virtud del título, los gastos *necesarios* para el uso y conservación de la servidumbre, a abdicar el dominio a favor del operador entrante titular del derecho de vía (Código Civil, artículo 730) por consiguiente, cesando la causa de la cual pendía la obligación, esta última se extingue.

9. MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

Una de las consideraciones especiales que debemos resaltar es que el derecho de vía sólo podrá ser revocado o terminado, previa notificación a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones y, de conformidad con las causales que deberán ser establecidas en el correspondiente Reglamento de la Ley, con la finalidad de minimizar los efectos negativos para los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

Por otra parte, las normas generales sobre servidumbres aplicables a las vías generales de telecomunicaciones, nos indican que las mismas se modifican:

- a) Por convenio entre el propietario de las vías generales de telecomunicaciones y el titular del derecho de vía. Este acuerdo puede ampliar o reducir la extensión de las servidumbres y el *modo* (esto es, el elemento que determina cómo deben ser ejercitadas: por ejemplo: detalle de los materiales y equipos a utilizar, condiciones de seguridad, entre otros).
- b) Por efectos del tiempo y de la posesión.
- c) Por modificación de las vías generales de telecomunicaciones que revista importancia suficiente para alterar el contenido de la servidumbre.

De forma genérica, las servidumbres se extinguen:

- a) *Por confusión*, es decir, por la reunión en una misma persona de la cualidad de propietario de la vía general de telecomunicaciones y el titular del derecho de vía (Código Civil, artículo 750). Esto resulta, según el Doctor Kummerow, de la aplicación *nemi-ni res sua servil*: El disfrute deja de ser *iuris servitutis para realizarse iuris proprietati*.¹⁹
- b) *Por prescripción extintiva*. El no uso por el término de veinte (20) años. Se computa este término respecto de las servidumbres continuas y discontinuas aparentes, desde el día en que cesó el uso de la servidumbre; y con relación a las servidumbres continuas y discontinuas no aparentes, desde el día en que se haya veri-

¹⁹ Messineo, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III. Traducción, S. Santís Melendo, EJE, Buenos Aires, 1954.

ficado un acto contrario al ejercicio de la servidumbre (Código Civil, artículo 752).

El *modo* de la servidumbre prescribe de la misma manera que la servidumbre (Código Civil, artículo 753).

El ejercicio de la servidumbre en un *tiempo diferente* al que determine la posesión o el contrato, *no impide la prescripción* (Código Civil, artículo 755). En realidad, el titular de la servidumbre que la ejerce en tiempo diferente, disfruta de *otra servidumbre* que no tiene. Pero si el predio dominante pertenece pro indiviso a varias personas, el uso de la servidumbre por una de ellas, impide la prescripción respecto de todas. Asimismo, la suspensión o interrupción de la prescripción en favor de uno de los condueños aprovechará a los demás (Código Civil. Artículos 756 y 757). Para que el *desuso* extinga la servidumbre es preciso que no se realicen actos de ejercicio durante el veintenio.

c) *Por alteración del estado de las vías generales de telecomunicaciones*, en forma que se haga imposible su uso (Código Civil, artículo 748) (perecimiento del fundo dominante o del fundo sirviente). Pero, conforme al artículo 749 del Código Civil, la servidumbre reaparecerá cuando el estado de las cosas se restablezca, a menos que haya transcurrido el tiempo requerido para la consumación de la prescripción. Por ello, la imposibilidad (de hecho) de usar la servidumbre, y la cesación de la utilidad, no están necesariamente enlazadas a la extinción, desde luego que el estado de los lugares puede variar y hacer resurgir el gravamen. La servidumbre, por el contrario, se mantiene si la utilidad persiste, reducida al mínimo. Basta que la modificación aludida se refiera a los lugares donde se ejerce la servidumbre. Las modificaciones ocurren tanto por hechos naturales como por el hecho espontáneo del interesado.

d) *Por renuncia* del operador titular del derecho de vía.

e) *Por el cumplimiento del término o de la condición* (resolutoria) a que esté sometido el gravamen.

f) Por abandono del operador que posee o controla las vías generales de telecomunicaciones. La renuncia es un acto unilateral, el cual debe ser reducido a escrito y sometido a transcripción (a los fines previstos en el artículo 1.924 del Código Civil). Mediante el abandono liberatorio, por otra parte, se produce la extinción de las

obligaciones de contenido positivo que graviten sobre el propietario del predio sirviente, *aunque su cuantía sobrepase el valor del fundo*, siempre que las obras se refieran al uso o conservación de la servidumbre.²⁰ Como derivación de la renuncia, las vías generales de telecomunicaciones quedan a disposición del operador titular del derecho de vía. Pero la servidumbre sobrevive en tanto la apropiación no se verifique. Tal aserto involucra, por consiguiente, no la liberación del inmueble o infraestructura en sí misma de la servidumbre que sobre éste gravita, sino de la obligación *propter rem* de soportar las erogaciones adheridas a ella.²¹ El ingreso del inmueble abandonado, al patrimonio del operador titular del derecho de vía, exige una separada declaración de este último, según el criterio de la doctrina dominante. Es posible, además renunciar anticipadamente a la facultad de valerse del abandono liberatorio; pero este acto se traduce en una relación meramente obligacional que no compromete a los causahabientes a título particular.

g) *Por convenio* entre las partes, con contraprestación o sin ella.

10. DEFENSA DE LAS VÍAS GENERALES DE TELECOMUNICACIONES

En cuanto a los mecanismos de defensa de las vías generales de telecomunicaciones tenemos que por su régimen exorbitante y especial de derecho administrativo, son aplicables los mecanismos de solución de controversias ante el ente regulador, derivados de su competencia para servir como órgano de conciliación y arbitraje entre operadores de telecomunicaciones. Sin embargo, dejamos a salvo las consideraciones y doctrinas que consideran la inexistencia de actos administrativos de carácter cuasi jurisdiccional,²² en los cuales la Administración encamina su actividad a los fines de dirimir las controversias entre dos particulares, invadiendo la función pública de administración de justicia, propia del Poder Judicial. En este sentido, estimamos que en principio las controversias que surjan, con ocasión a la ejecución del contrato de derecho de vía, deberán ser resueltas por las partes, con arreglo a los mecanismos establecidos en el mismo. En el caso que no se logre un acuerdo que ponga fin a la controversia, la misma podrá ser sometida a la consideración de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, mediante

²⁰ Callegari, Dante. *Istituzioni di Diritti Reali*. G. Giappichelli, ed., Turén, 1960.

²¹ Messineo, Francesco. *Le servitù (Artículo 1.027-1.099 Cod. Civ.)*. Dott A, Guiffre, ed. Milán, 1949.

²² Grisanti Blandina, Rosibel. *Inexistencia de los Actos Cuasijurisdiccionales*. Vadell Hermanos Editores. Valencia. 1993.

comunicación motivada, de conformidad con lo previsto en el contrato, acreditando haber agotado los mecanismos para la solución de controversias establecidos en el mismo. Recibida tal comunicación, la Comisión procederá a la apertura del procedimiento administrativo correspondiente, solicitando a las partes toda la información que considere pertinente, sin perjuicio de que pueda solicitar información adicional durante el transcurso del mismo.

Una vez iniciado el procedimiento administrativo, las partes consignarán ante el ente regulador, los alegatos y probanzas que estimen pertinentes, pudiendo dicho organismo, realizar todas las inspecciones, fiscalizaciones y actuaciones que considere necesarias para el mejor conocimiento de la controversia planteada. Finalmente, la Comisión deberá emitir su decisión motivada en el curso del procedimiento administrativo, quedando a discreción del regulador, si tal decisión tendrá el carácter de vinculante para las partes y, en tal sentido, éstas estarán en la obligación de acatarla en los términos establecidos en la misma.

En este sentido, creemos que la decisión en estos casos no es vinculante y los operadores dispondrán como mecanismo de defensa de la servidumbre, además de los recursos establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en vía administrativa, las acciones civiles ante los órganos jurisdiccionales competentes. En estos casos, como bien las expone el Doctor Kummerow se dispone de una *acción confesoria (vindictio servitutis)* como medio típico de tutela de las servidumbres, bien se discuta su existencia, bien se impida u obstaculice su ejercicio. La finalidad de la acción es hacer reconocer y respetar la existencia del gravamen y prevenir al demandado que se abstenga de lesionar el derecho, condenándole a resarcir los daños.

El titular de la servidumbre dispone, además (por vía posesoria), de los interdictos de amparo y restitutorio, dirigidos a poner fin a los actos de perturbación o de despojo de que fuere objeto la posesión, y de las acciones de denuncia de obra nueva y de daño temido. El uso en el año precedente, o el uso del último período de disfrute, cuando se trate de servidumbres ejercidas en intervalos que excedan de un año, determinarán el estado de cosas que deba protegerse con las acciones posesorias (Código Civil, artículo 787).

En lo que atañe a la *legitimación activa*, Barbero²³ citado por el Doctor Kummerow, distingue dos hipótesis. La acción confesoria, en efecto, pue-

²³ Barbero, Domenico. *Sistema el Diritto Privato Italiano*. Tomo I. 6ª edición. UTET, Turín, 1962.

de dirigirse al reconocimiento de la existencia de la servidumbre contra eventuales contraposiciones de derechos rivales; o a hacer cesar los impedimentos y perturbaciones de hecho que no partan de la negación del derecho de servidumbre.

a) En la primera hipótesis, *legitimado activamente* sólo puede serlo el *titular* del derecho mismo (operador titular del derecho de vía); *legitimado pasivo* no es sino el propietario del inmueble o infraestructura de telecomunicaciones sirviente.

b) En la segunda hipótesis, *legitimado activo* es cualquier sujeto que tenga derecho a ejercitar la servidumbre (el usufructuario, el usuario del fundo dominante, quienes pueden reclamar también la indemnización de los daños personalmente sufridos) *legitimado pasivo* es el autor de la perturbación, del impedimento, o del daño, aunque sea el propietario del inmueble o infraestructura sirviente. Por su parte, el propietario de las vías generales de telecomunicaciones sobre la cual se ejerciere indebidamente una servidumbre, dispone de la *acción negatoria* para hacer declarar la inexistencia del gravamen.

