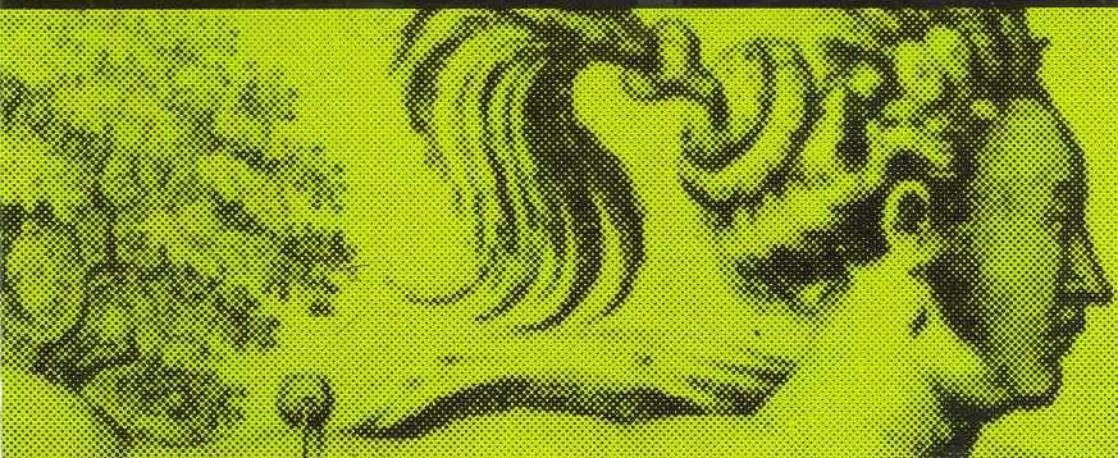




**UCAB**  
Universidad  
Católica  
Andrés Bello

**Caracas  
Venezuela**

# Revista de la Facultad de Derecho Nº 56



Revista de la Facultad  
de Derecho  
2001 / N° 56



Universidad Católica Andrés Bello  
Facultad de Derecho  
Escuela de Derecho

**Revista de la Facultad de Derecho N° 56**

Director Alberto Baumeister Toledo

Caracas, 2001

ISSN: 0255-5328

©Universidad Católica Andrés Bello  
Facultad de Derecho / Dirección de Publicaciones  
Escuela de Derecho / Centro de Investigaciones Jurídicas  
Urb. Montalbán  
Apartado 20.332  
Caracas 1020 - Venezuela

**Consejo Editorial**

Jesús María Casal, hijo

*Decano de la Facultad de Derecho*

Emilio Píriz Pérez

*Director de Publicaciones UCAB*

Magaly Vásquez González

*Directora de la Escuela de Derecho*

María Gracia Morais de Guerrero

*Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas*

Ana María Guarío

*Por la Dirección de Postgrados*

César Augusto Carballo

*Por la Comunidad de Profesores*

Alberto Baumeister Toledo

*Director de la Revista de la Facultad de Derecho*

**Consejo de Redacción**

Emilio Píriz Pérez

*Director de Publicaciones UCAB*

María Gracia Morais de Guerrero

*Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas*

Allan Brewer Cañas

*Presidente de Editorial Jurídica Venezolana*

Alberto Baumeister Toledo

*Director de la Revista de la Facultad de Derecho*



Producción y diseño: PUBLICACIONES UCAB

Composición y paginación: MERY LEÓN

Diseño de carátula: ESTUDIO DE DISEÑO. FUNDACIÓN CARLOS E. FRÍAS

Impreso por: EDITORIAL TEXTO

## Índice

Editorial .....	9
<b>SECCIÓN DE DOCTRINA</b>	
<b>1. Nacional</b>	
<b>Amparo</b>	
<i>Reflexiones sobre la legitimación activa en el amparo constitucional</i> por José Gregorio Perazzo y Manuel Rodríguez Costa. ....	15
<b>Derecho Civil</b>	
<b>Garantías</b>	
<i>De la inexistencia de la hipoteca que garantiza el cupo de crédito</i> por Jon Lacasa Astigarraga .....	43
<b>Responsabilidad Civil Especial</b>	
<i>Régimen de la responsabilidad contractual del transportista en el Derecho Internacional Privado Aéreo: pasado y futuro</i> por Germán Delgado Soto .....	71
<b>Derecho comparado</b>	
<b>Personas y familia</b>	
<i>Efectos jurídicos civiles de las uniones de hecho</i> por Rafael Bernard Mainar . ....	119



## **Derecho Constitucional**

- El constitucionalismo venezolano y la Constitución de 1999*  
por Jesús María Casal. .... 137

## **Derecho Mercantil**

### **General**

- Arte y Derecho (Algunas reflexiones sobre los instrumentos  
jurídicos tradicionales en la comercialización de las obras  
de arte,* por Julio Rodríguez. .... 181

### **Libre competencia**

- La competencia desleal en el sistema venezolano de  
Derecho de la Competencia* por Flavia Pesci Feltri  
Scassellati ..... 197

### **Seguros**

- Relación entre las aseguradoras y los productores de  
seguros,* por Carlos Eduardo Acedo Sucre y  
Rosemary Thomas Rivas ..... 237

### **Títulos valores**

- Préstamo de Títulos Valores* por Carlos Pérez Castro. .... 271

## **Derecho Procesal Civil**

- Reforma del Poder Judicial. El Consejo de la Judi-  
catura* por Aristides Rengel Romberg ..... 331
- Competencia Procesal Internacional vs. Jurisdicción:  
la añorada unificación terminológica*  
por Andrés Mezgravis ..... 391

## **Filosofía del Derecho**

- *Elementos autopoieticos en el discurso jurídico*  
por Marcos R. Carrillo Perera. .... 399

<p><i>Comentarios al trabajo de Marcos R. Carrillo Perera</i>  <i>“Elementos autopoieticos en el discurso jurídico”</i>  por Pedro Pablo Urriola.....</p>	415
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

**2. Extranjera**

**Derecho Mercantil**

**Concursal**

<p><i>Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y a sus reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza</i> por Adolfo A. Rouillón . .....</p>	419
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

**Derecho Procesal Civil**

<ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Panorámica actual de la Doctrina Procesal</i> (con especial referencia al derecho procesal mexicano), por Eduardo Ferrer Mac-Gregor .....</li> </ul>	447
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

**SECCIÓN DE RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS**

**General**

<p>Comentarios y selección a cargo de Alberto Baumeister T.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. <i>Revista venezolana de Estudios de Derecho Procesal</i></li> <li>2. <i>Estudios de Derecho en Homenaje a Fernando Pérez Llantada, S.J.</i>, autores varios</li> <li>3. <i>La realidad económica en el Derecho Tributario</i>, José Andrés Octavio L.</li> <li>4. <i>El pago</i>, José Mélich Orsini</li> <li>5. <i>III Jornadas de Derecho Procesal Civil</i>, Dr. Arístides Rengel Romberg</li> <li>6. <i>Derecho y Sociedad</i>, Revista de estudiantes de la Facultad derecho de la Universidad Monteávila</li> </ol>	487
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## **Especial**

<i>Los Títulos-valor, (Apuntes para una presentación bibliográfica),</i> por Luis Corsi y Marianella Corsi .....	493
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

## **SECCIÓN DE ESPECIALES**

Noticias de la Facultad.....	551
<i>In Memoriam:</i> Francisco Arruza y José de los Santos	
Michelena .....	555
Congresos, Jornadas y Eventos. ....	556

## **Novedades**

### **Actualidad Jurídica**

- *Fundación Empleados de la Superintendencia de Seguros. Los contratos de seguros celebrados en el extranjero. Breve análisis del artículo 4 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros,* por José Yoel Artigas ..... 560
- *Foreing money laundering deterrence and Anti-Corruption Act.,* por Jorge Luciani Gutiérrez..... 563

## **Editorial**

Nuevamente entre Uds., con algunos comentarios breves sobre el acontecer de nuestra Universidad, de su Facultad de Derecho y el de la vida de nuestra publicación. Son muchos los sucesos que cabría comentar acaecidos desde la fecha de nuestra última publicación y ésta, en que damos a la luz pública otro ejemplar de la Revista.

### **NUESTRA UNIVERSIDAD Y NUESTRA FACULTAD**

La Universidad, tomó un camino definido de cambios y adelantos en los dos mil. Ya se habían anunciado, y pensamos que el equipo Rectoral había tomado las previsiones necesarias para atender el reto del nuevo milenio. En el 2000 se ha venido demostrando la importancia y la magnitud de los nuevos rumbos, la asunción de actualizados proyectos, el encauzamiento de nuevas tecnologías y así mismo la inauguración de obras y cambios y el inicio de ampliaciones en la infraestructura de nuestra sede, todo con miras a satisfacer el crecimiento y las nuevas expectativas de nuestra Universidad.

En torno a nuestra querida Facultad de Derecho, a nuestro juicio, definitivamente se aprecia un vuelco positivo en su conducción, el que debemos vincularlo necesariamente al actual equipo del Decanato, que se ha caracterizado por promover en toda forma un mejor ambiente científico, el reenfoque de la función social de la carrera de Derecho, y una cada vez mayor vinculación de la Academia con la sociedad, que no se había palpado en otros períodos.

La conjunción de dos talentos jóvenes, el nuevo Decano y su Directora, sus buenas ideas y sólida formación en sus respectivas áreas evidentemente son un factor decisivo en los cambios enunciados y de los cuales se deja larga constancia en la Sección de Noticias de la Facultad.

## **LA REVISTA**

Definitivamente que por el mayor esfuerzo de nuestros colaboradores demostrado en la novedad y calidad de sus aportes a este número, o quizá por haberse aglomerado una mayor cantidad de trabajos con motivo de la demora en salir este número de nuestra Revista, podemos adelantar sin temor a dudas que éste es un especial ejemplar de la misma que concentra un nutrido y excelente material de investigación. En la Dirección de la Revista en verdad nos sentimos orgullosos de poder presentar esta nueva quincuagésima sexta edición, la cual estamos seguros será del beneplácito de todos sus lectores.

Se han incorporado nuevos colaboradores, a cuyos trabajos hemos venido dando la prudente prioridad necesaria a fin de que la Revista sirva de medio de difusión de los nuevos talentos y procure ser útil tribuna de la inquietud de los nuevos egresados y de quienes retornan a la patria luego de concluir sus especializaciones y postgrados, entendiendo que con ello estamos contribuyendo a difundir nuevas ideas en las diversas áreas y ramas del derecho.

Para dejar constancia de lo dicho, entregamos los novedosos y completos trabajos de los colegas Manuel Rodríguez y José G. Perazo, el de Flavia Pescifeltri y el de las nuevas tendencias sobre responsabilidad civil en el transporte aeronáutico de Carlos Delgado Soto<sup>1</sup>, en los cuales se reflejan las últimas tendencias y novedades en cada uno de los temas analizados.

De grata lectura resulta así mismo el trabajo de nuestro decano, Dr. Jesús M. Casals, sobre el Constitucionalismo venezolano y la Constitución de 1999 y por igual destacamos que nada puede opacar tampoco el

---

1 Así como el del colega Carlos Pérez Castro, sobre modalidades en las operaciones de bolsa, objeto de reciente regulación (préstamo de valores).

profundo y completo estudio y opiniones que sobre un tema tan de actualidad comporta como el de la reforma del Poder Judicial examinado en el trabajo del maestro Arístides Rengel Romberg, veterano profesor de nuestras Facultades de Derecho. El hoy Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Monte Ávila nos entrega un completo estudio histórico de las avatares de nuestra organización judicial, de los errores legislativos en los instrumentos que procuraron encauzarla y encaminarla y señala lo que debieran ser los derroteros para enmendar tales problemas. Similares consideraciones hacemos del interesante trabajo que aporta Andrés Mezgraviz sobre los conceptos de Competencia y Jurisdicción.

Desde el interior nuevamente llega otra colaboración de nuestro veterano colega Jon La Casa A. en el que nos plantea de nuevo el palpitante problema nacional del que mucho se ha venido hablando últimamente, el de las Tasas de Interés bancarias y al que se achaca entre otros, el profundo malestar que existe en la economía nacional, vinculado a la gravedad de los efectos de sus alzas y el despropósito de la vigente regulación del Banco Central que deja en manos del mismo sector bancario fijarlas y establecerlas.

Vale la pena acotar al respecto, que por allá en el año 1863, el gran maestro Fermín Toro nos planteaba por igual la gravedad que comportaba el mismo problema: la ruina que se produjo en los comercios locales y el desgano ciudadano en la producción, atribuible a ese terrible 'comején de las economías' la avidez sin límite por el valor del dinero.

Se ha venido sosteniendo por parte de la Asamblea Nacional así como por varios estudiosos de la materia, y en ello coincidimos plenamente, que la sanidad y vigor de uno solo de los sectores de la economía no puede ser la mira oficial, pues de seguir por ese solo camino, si bien puede ser que tengamos un sector bancario y financiero, sólido, fuerte y con magníficas reservas, tendremos un comercio, industria y sectores agroproductivos, deprimidos y maltrechos y con ello desincentivado el ahorro público y en quiebra las pequeñas y medianas empresas.

Por igual se hacen interesantes comentarios en torno a la Actividad Aseguradora en la contribución de los Drs. Carlos Acedo S. y Rosemary Thomas R., sin que podamos dejar tampoco de aludir al del profesor Bernard M. con su excelente trabajo de Derecho Comparado en torno a



la institución de las Uniones de Hecho a la luz de los ordenamientos español y venezolano, mientras que en el de Julio Rodríguez se aborda un novedoso tema, el de las Artes como objeto del comercio y su encuadramiento en el ordenamiento jurídico nacional.

Acompañan además de los citados trabajos otros estudios de autores nacionales que invitamos a identificar con la lectura de nuestra publicación, y llamamos la atención por igual sobre las dos colaboraciones internacionales, cuales son los trabajos de los profesores Adolfo Rouillon, de Argentina, sobre La Quiebra y sus aspectos transfronterizos y el de Eduardo Ferrer Mac Gregor, mexicano, sobre las Nuevas tendencias de la Doctrina Procesal en México, autores a quien damos la más cordial bienvenida en nuestras páginas y que estamos seguros serán de la aceptación de todos.

Finalmente, en la Sección de Noticias sobre la Facultad, con hechos que nos llenan de orgullo podrá apreciarse la gran cantidad de eventos nacionales e internacionales en que aquella ha participado o ha co-auspiciado, relacionados con el análisis y estudio de diversas áreas vinculadas al Derecho, sus nuevas manifestaciones y la publicación de un nutrido material bibliográfico que pone de manifiesto el que a pesar de la crisis económica y de valores por la que atraviesa el país, como muchos otros de nuestra área latinoamericana, la investigación en el área jurídica, la divulgación del pensamiento en la misma y el progreso del Derecho son un factor constante que además se hace sentir en nuestro medio con particular significado.

Podemos afirmar, por último, que en este año haremos cuanto se encuentre a nuestro alcance para poner al día las publicaciones de la Revista y cuando menos cumplir con la meta de hacer las dos semestrales que corresponde a cada año, programa con el cual nos encontrábamos atrasados por una u otra razón.

Al respecto, de una vez anunciamos que ya contamos con el material de base de los próximos dos números de la revista y esperamos continuar recibiendo las colaboraciones de nuestros apreciados profesores nacionales y extranjeros.

Sin que podamos afirmar que lo económico sea la única causa del mentado problema del desfase en el ritmo de publicaciones, queremos

poner de manifiesto nuestro desaliento en torno a no haber podido lograr el apoyo deseable para nuestro plan de crear un “Fondo Editorial” que facilitara y permitiera la autonomía funcional y económica de nuestra Revista, cual es uno de los importantes obstáculos que impide cumplir con la rutina de sus publicaciones y que conste, que para tales propósitos, nos permitimos tocar no una sino varias puertas entre nuestros egresados y empresas vinculadas a la Universidad.

En mi condición de Director de la Revista, una vez más agradezco a todos cuantos han aportado su grano de arena para la mejor marcha de nuestra publicación, a los profesores y colaboradores de ella, así como a todos quienes nos han apoyado con sus buenas y gratas palabras de aliento y, en especial, vaya nuestro particular agradecimiento a todo el personal de la Dirección de Publicaciones de la Universidad Católica Andrés Bello sin cuyo afanado y siempre presto concurso no tendríamos la buena Revista de que seguimos disfrutando.

Como este número a pesar de que presenta material y noticias de los dos años, debió aparecer con la conclusión del año 2000, sólo nos queda destacar la satisfacción del deber cumplido durante su decurso y augurar todo género de ventura para el 2001, que estamos seguros nos deparará mayor prosperidad y felicidad.

*Alberto Baumeister Toledo*  
Director



# Reflexiones sobre la legitimación activa en el amparo constitucional

José Gregorio Perazzo y  
Manuel Rodríguez Costa\*

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Si se considera que la relación procesal no es más que un tipo particular de relación jurídica, y los sujetos de las relaciones jurídicas en general son las *personas, físicas y morales*, la respuesta a la pregunta de quienes pueden ser partes en un determinado proceso será fácil: partes, es decir, sujetos de la relación procesal, pueden ser todas las personas, físicas y jurídicas, que puedan ser sujetos de relaciones jurídicas en general, esto es, todos aquellos (hombres o entidades) que tengan, según el derecho sustancial, *la capacidad jurídica*<sup>1</sup>.

Un concepto íntimamente vinculado al de parte, es el de *legitimación* que no es otra cosa que la cualidad necesaria de las partes. El proceso no debe instaurarse indiferentemente entre cualesquiera sujetos, sino precisamente entre aquellos que se encuentran frente a la relación

---

\* Abogados por la Universidad Central de Venezuela.

1 CALAMANDREI, Piero: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Volumen II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973; Pág. 361.

material o interés jurídico controvertido en la posición subjetiva de *legítimos contradictores*<sup>2</sup>.

El tema de la legitimación -específicamente de la activa, es decir, *la persona que se afirma titular de un interés jurídico propio, y que en consecuencia tiene legitimidad para hacerlo valer en juicio-* en materia de la acción de amparo constitucional encuentra su regulación expresa en el artículo 49 de la Constitución de la República de Venezuela y el artículo 1º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, los cuales expresamente estatuyen:

*Artículo 49 de la Constitución de la República de Venezuela.-*

Los Tribunales ampararán a todo *habitante de la República* en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece, en conformidad con la ley. (énfasis nuestro).

El procedimiento será breve y sumario, y el juez competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

Artículo 1º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.- *Toda persona natural habitante de la República, o persona jurídica domiciliada en ésta*, podrá solicitar ante los tribunales competentes el amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución, para el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución, con el propósito de que se restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. (énfasis de los relatores).

La garantía de la libertad personal que regula el habeas corpus constitucional, se regirá por esta Ley.

Como se desprende del artículo constitucional antes transcrito, se otorga legitimación procesal en materia de amparo a todo *habitante de la República*, legitimación que en cierta forma fue ampliada por el texto legal que desarrolló los principios que el Constituyente plasmó en la Carta Fundamental, otorgándose cualidad de parte activa en los procesos de amparo a las *personas naturales habitantes de la República* y a *las personas jurídicas o morales domiciliadas en ésta*.

---

2 RENGEL-ROMBERG, Aristides: *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Volumen II, Caracas, Editorial Arte, cuarta edición, 1994; Pág. 27.

De esta forma la Ley de Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales puso fin a la discusión doctrinaria y jurisprudencial que se debatía en torno a la inclusión, dentro del concepto constitucional de habitante de la República, de las personas jurídicas como legitimados activos para la interposición de la acción de amparo constitucional.

La redacción del texto constitucional creó confusión en algunos intérpretes, quienes llegaron a afirmar que únicamente podían solicitar amparo las personas naturales. Si bien es cierto que los derechos fundamentales consagrados en la Constitución tienen una especial referencia a la persona humana<sup>3</sup>, también es cierto que ésta muchas veces logra el desarrollo de su personalidad y la satisfacción de sus derechos e intereses, a través de las personas morales. Adicionalmente, es necesario destacar que el artículo 27 del texto constitucional establece el deber del Estado de proteger las personas jurídicas que tengan por objeto el mejor cumplimiento de los fines de la persona humana y de la convivencia social.

Sin embargo, el asunto no fue resuelto en forma clara y determinante por la jurisprudencia, sino hasta 1987, cuando la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo confirmó una sentencia definitiva del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, en la cual se había declarado sin lugar la excepción opuesta por la Municipalidad del Distrito Sucre al carácter o condición del accionante, en virtud de que éste era una persona jurídica. En esa oportunidad, la Corte Primera afirmó que a los fines del amparo constitucional, por *habitante de la República* debía entenderse la *persona natural o moral*, impedida en el goce y ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución establece. Este criterio quedó definitivamente aceptado por la jurisprudencia, en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 6 de agosto de 1987, cuando estableció que *la titularidad de la acción*

---

3 En efecto, el Preámbulo de la Carta Fundamental, al referirse a los Deberes, Derechos y Garantías, expresa: "Siguiendo la orientación general de las Constituciones modernas, el Título III del Proyecto comprende todo lo relativo a los *derechos fundamentales de la persona humana* y a los deberes de los ciudadanos y a los de los demás habitantes de la República" (énfasis de los relatores).



*puede corresponder no sólo a una persona física o natural, sino también a una persona jurídica o moral.*

Ahora bien, afirmamos que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales amplió, sólo en cierta forma la legitimación activa en materia de amparo, porque si bien incluyó dentro de dicho concepto a las personas jurídicas, al establecer las condiciones de habitante (para las personas naturales) y de domicilio (para las personas morales), continuo con la tendencia limitativa de la legitimación activa en el amparo constitucional, excluyendo, aparentemente, de este medio de defensa de las libertades públicas a una sería de supuestos en los cuales el agraviado no goza de la condición de habitante o de domiciliado, pero es objeto de amenazas o violaciones de derechos y garantías fundamentales.

La regulación de que ha sido objeto el tema de la legitimación activa en materia de amparo ha creado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, una serie de dudas en cuanto al alcance del término habitante de la República y domiciliado en ésta, respecto a situaciones tales como: La protección de los derechos humanos de los habitantes ilegales, protección de derechos colectivos (intereses difusos y colectivos), participación del Ministerio Público como accionante en el proceso de amparo y la legitimación activa de las personas jurídicas que ejercen el poder público.

Adicionalmente a los problemas antes mencionados, producto de las disposiciones legales vigentes, han surgido otra serie de confusiones relacionadas con el tema de la legitimación activa, entre las cuales cabe mencionar la referente a la necesidad o no de la asistencia o representación del presunto agraviado por un profesional del derecho (capacidad de postulación o *ius postulandi*), o el de la participación de terceros en el proceso de amparo.

Tomando en consideración las situaciones que se han presentado en esta materia con motivo de la vigente Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantía Constitucionales, consideramos pertinente una modificación legislativa que resuelva las dudas que se han creado. La referida modificación legislativa se inspira en el tratamiento que en derecho comparado constitucional a tenido el tema de la legitimación activa en

los países latinoamericanos, así como en planteamientos doctrinales y jurisprudenciales.

## **II. EL LEGITIMADO ACTIVO EN LA ACCIÓN DE AMPARO - CONCEPTOS DE HABITANTE DE LA REPÚBLICA Y DE DOMICILIO:**

El artículo 1º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales determina las condiciones de legitimidad para el ejercicio de la acción de amparo constitucional, en el caso de las personas naturales se exige como condición indispensable la de ser habitante de la República, mientras que para las personas morales se exige el domicilio en el territorio nacional.

Tales definiciones han producido en el campo del amparo constitucional serias dudas en cuanto a la protección de derechos fundamentales de personas que no gozan de la condición de habitante o domiciliado, situaciones que han sido puestas en evidencia por la propia jurisprudencia, un ejemplo de ello es la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 25 de febrero de 1993 (caso *Jackaroo Marine Limite contra las Fuerzas Armadas de Cooperación*), en la cual luego de formular algunas consideraciones en torno a los elementos que determinan el domicilio de una persona jurídica, señala:

Por las razones expresadas, esta Corte considera que la empresa Jackaroo Marine Limite no es una empresa domiciliada en Venezuela, en consecuencia, carece de legitimación activa para ejercer la acción de amparo, a tenor de lo establecido en el artículo 1º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Es interesante destacar que cuando dicho caso fue conocido por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, se estableció un criterio totalmente opuesto, admitiendo la legitimidad de la parte actora para la interposición de la acción de amparo. En dicha sentencia la Sala desaplico, en base al artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, el artículo 1º de la Ley Orgánica de Amparo Constitucional, por considerar que el mismo resultaba contrario a lo dispuesto en el artículo 49 y 68 del texto constitucional, debiéndose interpretar en un sentido amplio el término constitucional de habitante, de manera tal de permitir

el derecho a la defensa de las garantías fundamentales, que se vean afectados en el territorio nacional, por medio del amparo interpuesto por cualquier persona, habitante o no, domiciliada o no.

Lo anterior evidencia la contradicción imperante en la jurisprudencia en torno al tema de la legitimación activa.

En base a una interpretación literal y restrictiva del artículo 1º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, empleada en varios casos por nuestros tribunales, quedarían sin protección los derechos fundamentales de personas físicas que no fuesen habitantes, o bien, de personas morales que no tengan su domicilio en la República, tal sería el caso de los transeúntes y de los inmigrantes ilegales, de las personas jurídicas extranjeras no domiciliadas en el país, pero que por motivo de sus actividades puedan ver vulnerados sus derechos fundamentales en el territorio de la República por actos del Poder Público o por particulares.

En este punto consideramos pertinente exponer la posición que al respecto manifestó Hildegard Rondón de Sansó, en las Segundas Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público, en relación al carácter universal del amparo constitucional:

El amparo es una acción universal, en el sentido de que cubre a todo habitante de la República, lo cual alude a cualquier sujeto del ordenamiento que viva en el territorio de la República, bien sea en forma temporal, permanente, accidental, forzada o voluntaria. Lo que sí es importante destacar *es el carácter territorial de la lesión o amenaza*, en el sentido de que sólo puede accionar la persona física o jurídica que se encuentre en el país, por un hecho, acto u omisión que en el mismo se produzca<sup>4</sup>. (énfasis nuestro).

Respecto al criterio anterior, es necesario destacar que en base al carácter universal de la acción de amparo, el elemento que debe determinar la legitimidad del accionante, viene dado por el hecho de

---

4 RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. *Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales, en Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*, Colombia, 1996; Pág. 238.

sufrir en el territorio de la República una amenaza o vulneración a sus derechos fundamentales, independientemente de que se trate de un habitante o de una persona jurídica domiciliada en el país.

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia que resolvió el caso Inversiones Fajardo contra CONSUCRE, afirmó que lo importante del amparo es la lesión causada a una persona, independientemente que esta sea persona natural o jurídica, criterio jurisprudencial al cual agregaríamos tomando en cuenta el carácter universal de esta institución: y de que el agraviado sea habitante o no de la República o tenga su domicilio en ella, siempre que la lesión se produzca en el territorio nacional.

La necesidad de ampliar la noción del legitimado activo en la acción de amparo, no exigiendo la condición de habitante o domiciliado, ya ha sido planteada en algunas ocasiones por nuestra jurisprudencia, y muestra de ello es la decisión de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 27 de julio de 1988, en la cual expresó:

Efectivamente, y al margen de la situación señalada, es posible imaginar circunstancias en las cuales sería inexigible la cualidad de habitante, y así las personas naturales o jurídicas involucradas en dichas circunstancias podrían ejercer el derecho al que se refiere el artículo 49 de la Constitución Nacional.

En igual sentido se ha pronunciado Hildegard Rondón de Sansó al expresar:

Estimamos que la redacción del artículo 1º de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ha sido limitativa en principio del artículo 49 de la Constitución y que el juez deberá interpretarlo en sentido amplio, concordándolo con el artículo 13 ejusdem, que si bien se refiere sólo al sujeto que podría interponer el amparo, más que a quien puede ser protegido por el mismo, sin embargo, presenta una redacción que permite tal interpretación.

La legitimación para solicitar el amparo la establece el artículo 13 ejusdem en contradicción evidente con el artículo 1º, por cuanto no se limita a señalar quién puede solicitarlo por el legitimado activo, esto es, el sujeto previsto en el artículo 1º, sino que indica por sí mismo quién es este legitimado, señalando al efecto que es cualquier persona natural o jurídica, actuando por sí misma o en representación de otro.

Creemos que aquí se mantuvo la informalidad del amparo en toda su extensión, a pesar de que muchos jueces lo están interpretando restrictivamente, entendiendo la palabra “representación” en todo su tecnicismo, como representación legal o convencional y no como una situación de hecho, que es, a nuestro ver, su verdadero alcance<sup>5</sup>.

Respecto a este punto, es decir, la no exigibilidad de la condición de habitante o domiciliado para la interposición de la acción de amparo constitucional, es necesario destacar que Venezuela ha suscrito y ratificado una serie de acuerdos internacionales referentes a la protección de derechos fundamentales, en los cuales al consagrarse el amparo no se exige una condición especial para su interposición. Un buen ejemplo de los mencionados acuerdos son los siguientes:

- Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>6</sup>, artículo 8: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>7</sup>, Artículo 2, numeral 3, literal “a”: “3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;”
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>8</sup>, artículo XVIII:

Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y

---

5 RONDÓN DE SANSÓ, *Hildegard: Amparo Constitucional*, Caracas, Editorial Arte, 1988; Pág. 163.

6 Adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948.

7 Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966. Entra en vigor el 23 marzo de 1976; 89 ratificaciones. Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Extraordinaria número 2.146 del 28 de enero de 1978.

8 Aprobado en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948.

breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrado constitucionalmente.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>9</sup>, Artículo 25:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Como podemos observar, las Convenciones Internacionales antes mencionadas otorgan legitimidad activa en materia de amparo a toda persona cuyos derechos fundamentales, reconocidos por la Constitución, las leyes o la Convención, sean vulnerados, concepto de legitimación que por su amplitud permite englobar todos los posibles supuestos en los cuales sean conculcados derechos fundamentales de personas físicas o morales en el territorio de un Estado parte.

Respecto a la acción de amparo prevista en las referidas convenciones internacionales, es preciso establecer, como lo indica Héctor Faúndez Ledesma, que el Derecho de los Derechos Humanos (en cuanto expresión de valores universalmente compartidos, que apuntan a la consolidación de una comunidad internacional), se aparta del derecho Internacional Clásico en aspectos muy significativos. El Derecho de los Derechos Humanos confiere al individuo derechos internacionales frente al Estado, los cuales pueden ejercerse en la esfera interna en forma inmediata y directa, sin necesidad de una transformación previa de las referidas normas internacionales en reglas de Derecho interno. En este aspecto, el Derecho de los Derechos Humanos presenta ciertas similitudes con el llamado Derecho Comunitario, en lo que se refiere a su inmediatez, aun cuando el primero (a diferencia del Derecho Comunitario) es el

---

9 Adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Entró en vigor el 18 de julio de 1978; 22 ratificaciones. Publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 31.256 del 14 de junio de 1977.



resultado directo del acuerdo de voluntades entre Estados y no un Derecho derivado de una organización internacional, como producto de la aplicación de su tratado fundacional<sup>10</sup>. En virtud de lo anterior, los criterios plasmados en las convenciones a las que hemos aludido, deberían ser de aplicación inmediata en nuestro sistema jurídico.

En base a las reflexiones anteriores, consideramos pertinente que en una futura reforma de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales deben ser eliminados los conceptos de habitante, para las personas naturales, y de domicilio, para las personas jurídicas, otorgando legitimación activa a toda persona cuyos derechos fundamentales o libertades públicas sean violados o amenazados de violación en el territorio de la República, siguiendo en ello a la mayoría de los sistemas constitucionales latinoamericanos, como veremos en el punto siguiente.

### **III. REGULACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN MATERIA DE AMPARO EN DERECHO COMPARADO:**

Habiendo establecido la necesidad de modificar la regulación vigente en materia de legitimación activa en el amparo constitucional, consideramos prudente analizar la regulación que las diferentes constituciones iberoamericanas han dado al tema, para establecer un modelo partiendo de las soluciones que en derecho comparado se ha dado al problema de la legitimidad activa de la acción de amparo.

- *Constitución Española:*

Artículo 24.1.- Todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, puede producirse indefensión.”

---

10 FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor: “El Derecho Público y la Protección de los Derechos Humanos”, en *Jornadas Colombo Venezolanas de Derecho Público*, Colombia, 1996; Pág. 521.

- *Constitución de la Nación Argentina:*

Artículo 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

- *Constitución Política de Bolivia:*

Artículo 19.- Fuera del recurso de *habeas corpus*, a que se refiere el artículo anterior, se establece el recurso de amparo contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes.

El recurso de amparo se interpondrá por la persona que se creyere agraviada o por otra a su nombre con poder suficiente, ante las Cortes Superiores en las capitales de Departamento y ante los Jueces de Partido en las provincias, tramitándose en forma sumarísima...

- *Constitución de la República Federal de Brasil:*

Artículo 19. LXIX.- Se concederá mandato de segurança para proteger un derecho determinado y cierto, no amparado por *habeas corpus* o *habeas data* cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder fuese una autoridad o un agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público;

- *Constitución Política de Colombia:*

Artículo 86.- Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

- *Constitución Política de la República de Costa Rica:*

Artículo 48.- Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables a la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10.

- *Constitución Política de la República de Chile:*

Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, número 1º, 2º, 3º inciso cuarto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11, 12, 13, 15, 16 en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19, 21, 22, 23, 24 y 25, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que puedan hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

- *Constitución Política de la República del Ecuador:*

Artículo 31.- Toda persona podrá acudir ante los órganos de la Función Judicial que la Ley designe y requerir la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar, o evitar la comisión, o remediar inmediatamente las consecuencia de un acto ilegítimo de autoridad de la administración pública violatorio de cualquiera de los derechos constitucionales y que pueda causar un daño inminente, a más de grave e irreparable.

- *Constitución de la República de El Salvador:*

Artículo 247.- Toda persona puede pedir amparo ante la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por violación de los derechos que otorga la presente Constitución.

- *Constitución Política de la República de Guatemala:*

Artículo 265.- Procedencia del amparo. Se instituye el amparo con el fin de proteger a las personas contra las amenazas de violaciones a sus derechos o para restaurar el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido. No hay ámbito que no sea susceptible de amparo, y procederá siempre que los actos, resoluciones, disposiciones o leyes de autoridad lleven implícitos una amenaza, restricción o violación a los derechos que la Constitución y las leyes garantizan.

- *Constitución de la República de Honduras:*

Artículo 183.- El Estado reconoce la garantía de Amparo.

En consecuencia toda persona agraviada o cualquier otra en nombre ésta, tiene derecho a interponer recurso de amparo.

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:*

Artículo 107.- Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del ordenamiento jurídico que determine la ley, de acuerdo con las bases siguientes:

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada;

- *Constitución Política de la República de Nicaragua:*

Artículo 45.- Las personas cuyos derechos constitucionales hayan sido violados o estén en peligro de serlo, pueden interponer el recurso de exhibición personal o de amparo, según el caso y de acuerdo con la Ley de Amparo.

- *Constitución Política de la República de Panamá:*

Artículo 50.- Toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier servidor público, una orden de hacer o no hacer, que viole los derechos o garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona.

- *Constitución de la República de Paraguay:*

Artículo 134.- Del amparo.

Toda persona que por un acto u omisión, manifiestamente ilegítimo, de una autoridad o de un particular, se considere lesionada gravemente,

o en peligro inminente de serlo en derechos o garantías consagrados en esta Constitución o en la ley, y que debido a la urgencia del caso no pudiera remediarse por la vía ordinaria, podrá promover amparo ante el magistrado competente. El procedimiento será breve, sumario, gratuito, y de acción popular para los casos previstos en la ley.

Como podemos observar del texto de los artículos parcialmente transcritos, las constituciones iberoamericanas han adoptado respecto a la legitimación activa en materia de amparo básicamente dos sistemas. El primero de ellos otorga legitimidad para la interposición de la acción de amparo a toda persona cuyos derechos fundamentales sean objeto de amenaza o de violación; mientras que el segundo sistema, se limita a configurar los supuestos en los cuales procede la acción de amparo sin referirse a los sujetos que pueden interponer dicha acción.

Es necesario destacar que el primero de los sistemas adoptados por las constituciones extranjeras no limita la legitimidad activa a los habitantes o domiciliados en el territorio del Estado (como lo hace la Constitución de la República de Venezuela), sino que por el contrario establece un concepto amplio de legitimación activa, al otorgar la posibilidad de interponer la acción de amparo constitucional a toda persona cuyos derechos fundamentales o garantías constitucionales sean objeto de vulneración o estén amenazados de ello.

Ahora bien, si tomamos en cuenta que de conformidad con el preámbulo de la Constitución de la República de Venezuela, ésta se limita a establecer los lineamientos generales que posteriormente deberían ser desarrollados por la Ley, consideramos que sería perfectamente compatible con el texto de la Constitución, y en base a una interpretación acorde con la protección de los derechos fundamentales, el ampliar por vía de una reforma legal el concepto de legitimado activo, eliminando las condiciones de habitante y domiciliado, por un concepto de mayor amplitud, como lo sería el empleado en las Constituciones estudiadas, que atribuyen legitimación activa a toda persona afectada o amenazada en sus derechos constitucionales.

#### **IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DE DERECHO PÚBLICO ESTATALES:**

El punto central de este tema es tratar de establecer si las personas jurídicas de derecho público estatales son susceptibles de ser titulares de derechos y garantías constitucionales, que de considerarse que tal situación es posible, ante la vulneración de tales derechos sería procedente la interposición de la acción de amparo constitucional.

En derecho comparado podemos encontrar importantes ejemplos en los cuales observamos que a las personas de Derecho Público se les habilita para la interposición de la acción de amparo, cuando los derechos constitucionales de que son titulares son objeto de violaciones o amenazados. En el sistema alemán se admite que el recurso de amparo constitucional sea intentado por ante el Tribunal Constitucional Federal por los Municipios o las agrupaciones municipales alegando que su derecho a la autonomía administrativa reconocido por la Ley Fundamental, les ha sido violado por una disposición legislativa.

La doctrina española considera procedente la posibilidad del ejercicio del recurso de amparo por personas jurídicas de Derecho Público, cuando se trate de violaciones de derechos fundamentales que también tienen garantizados, como sería el derecho a la igualdad ante la Ley o a obtener tutela judicial efectiva.

En Argentina, donde al igual que en Venezuela se admite la acción de amparo en contra de conductas de los particulares, doctrinariamente se considera que las personas jurídicas de derecho público podrían intentar la acción de amparo para la protección de sus derechos constitucionales.

En el caso de México, la doctrina sostiene que la Federación y los Estados miembros tienen titularidad para accionar en amparo en caso de invasión de soberanías, es decir, para retener a cada autoridad en el ámbito de su competencia.

La doctrina venezolana ha sostenido que los entes territoriales tienen derecho constitucional a la autonomía que les reconoce y garantiza la Constitución, por lo que las violaciones de la misma podrían dar lugar al ejercicio de la acción de amparo. En efecto, en opinión del autor Allan R.



Brewer-Carias<sup>11</sup>, al establecer la Constitución el sistema de distribución del Poder Público propio de la forma federal, establece como consecuencia una serie de derechos constitucionales de los entes territoriales. A nivel municipal, sin duda, los Municipios tienen derecho constitucional a su autonomía, por lo que las violaciones a dicha autonomía además de poder ser impugnadas por vía de acción de inconstitucionalidad, podrían dar origen a la protección constitucional por vía de amparo. En el caso de los Estados miembros, estos también tienen garantizada su autonomía e igualdad en la Constitución (artículo 16), a cuyo efecto, el texto fundamental consagra diversos derechos constitucionales de esas entidades territoriales, tales como: el derecho de tener representación en el senado y en la Cámara de Diputados, mediante representantes electos, y el derecho al situado constitucional.

La jurisprudencia venezolana, si bien no se ha pronunciado expresamente en cuanto a la legitimidad activa de las personas de Derecho Público para la interposición de la acción de amparo, ha dado a entender con ciertos pronunciamientos que tal situación es admisible dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, en sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil de fecha 20 de noviembre de 1996<sup>12</sup>, dicha Sala determinó el tribunal competente para conocer de una acción de amparo constitucional, por violación al derecho de propiedad consagrado en el artículo 99 del texto fundamental, interpuesta por el Instituto Agrario Nacional en contra de un grupo de particulares que habían invadido terrenos propiedad de dicho ente de Derecho Público estatal, con lo cual la Corte admitió la posibilidad de que personas de Derecho Público sean titulares de derechos constitucionales susceptibles de ser amparados por ésta especial vía de defensa de derechos fundamentales.

Por otra parte, en sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 30 de julio de 1992, caso IPASME contra Colegio de Médicos del Estado Zulia, se expresó:

---

11 BREWER-CARIAS, Allan R.: *El Amparo a los derechos y Garantías Constitucionales (Una Aproximación Comparada)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Táchira, 1993; Pág. 92-95.

12 PIERRE TAPIA, Oscar R.: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, número 11, año XXIII, noviembre 1996; Pág. 22-25.

Siendo la acción de amparo personalísima, no puede admitirse a los sustitutos del procurador General de la República, solicitando se ampare a un órgano distinto de la República. Es decir, quienes se presentan como actores no poseen legitimación procesal para actuar y, en consecuencia la acción propuesta resulta inadmisibile.

Si bien es cierto que en dicho caso la solicitud de amparo constitucional fue considerada por la Corte Primera de lo Contencioso administrativo como inadmisibile, lo fue por la falta de cualidad de los solicitantes, ya que los sustitutos del Procurador General de la República no podían solicitar el amparo por una persona jurídica distinta a la República de Venezuela, con lo cual la Corte indirectamente estableció la posibilidad de que personas jurídicas de Derecho Público, como la República o los institutos autónomos, puedan defender derechos constitucionales de los cuales sean titulares por la vía de la acción de amparo constitucional.

El autor Roman J. Duque Corredor<sup>13</sup> se pronuncia en favor de admitir la legitimidad activa de las personas de Derecho Público para interponer la acción de amparo constitucional en los siguientes términos:

Piensen nada más, hay personas públicas como las universidades que tienen también derechos constitucionales frente a otras autoridades que a lo mejor le pudieran estar violando garantías de corte educacional o académico. De manera que yo me coloco dentro de la posición de dar capacidad procesal también a las personas de derecho público para ejercer acciones de amparo contra particulares o contra otras personas de derecho público.

En base a los criterios anteriores consideramos que es conveniente el admitir que las personas jurídicas de Derecho Público gocen de legitimidad procesal para la interposición de acciones de amparo cuando los derechos fundamentales que la Constitución les garantiza sean objeto de amenaza o vulneración por parte de particulares de otras personas jurídicas de igual naturaleza. Con la propuesta de ampliar la noción de legitimidad, en el sentido de eliminar los conceptos de habitante y de

---

13 DUQUE CORREDOR, Román J.: "Presupuestos Procesales y Requisitos Constitutivos de la Acción de Amparo Constitucional", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, 1988, número 70; Pág. 189-213.

domicilio, expresando que toda persona podrá hacer uso de este medio procesal, consideramos que se encontrarían también habilitadas para su ejercicio las personas de Derecho Público Estatales.

## **V. LA CAPACIDAD DE POSTULACIÓN (*IUS POSTULANDI*):**

Otro de los temas vinculados a la legitimación activa en materia de amparo constitucional, y que ha sido objeto de discusión doctrinaria y jurisprudencial, es el relacionado con la capacidad de postulación o *ius postulandi*, es decir, a la necesidad de que el presunto agraviado se encuentre asistido o representado por un profesional del derecho al momento de interponer la acción de amparo.

En criterio de Roman J. Duque Corredor<sup>14</sup>, la gestión de amparo procesalmente puede ser ejercida directamente por el presunto agraviado o por medio de apoderados, lo cual se desprende del contenido del artículo 13 y numeral primero del artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, considerando que cuando la acción de amparo se ejerce directamente no es necesaria la asistencia de abogado.

El referido autor al comentar el artículo 4º de la Ley de Abogados, el cual prevé la necesidad de asistencia de abogados para la realización de los actos judiciales, expresa que tal requisito no es aplicable al proceso de amparo. En efecto, el autor observa que si la Ley de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales estatuye la posibilidad de que la acción sea interpuesta por vía telegráfica, se supone que cuando se va a enviar un telegrama no es preciso la asistencia de abogado, no siendo exigible dicha asistencia ni siquiera al momento de ratificar la solicitud así formulada. Otro ejemplo empleado por Roman J. Duque Corredor para negar la aplicación del artículo 4º de la Ley de Abogados a los procesos de amparo constitucional, viene dado por el hecho de que el mismo puede iniciarse mediante solicitud verbal.

---

14 DUQUE CORREDOR, Román J.: "Presupuestos Procesales y Requisitos Constitutivos de la Acción de Amparo Constitucional", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, 1988, número 70; Pág. 189-213.

El referido criterio doctrinal no ha sido compartido por nuestra jurisprudencia, la cual ha considerado plenamente aplicable a la acción de amparo constitucional el requisito de asistencia por un profesional del derecho, previsto en la Ley de Abogados.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, mediante decisión del 10 de agosto de 1995 expreso:

... la Ley Orgánica de Amparo, si bien en su artículo 41, Título V, Del Amparo sobre la Libertad y Seguridad Personales, dispone que la solicitud podrá ser hecha por el agraviado o por cualquier persona que gestione en favor de aquél, por escrito, verbalmente o por vía telegráfica, sin necesidad de asistencia de abogado, el procedimiento general de amparo no prevé tal excepción, pues si bien establece que en caso de urgencia podrá interponerse la solicitud por vía telegráfica, y luego ratificada personalmente o mediante apoderado en los tres días siguientes -artículo 16-, ello no excluye la aplicación de la Ley de Abogados; ...

... con ello se busca que los planteamientos dirigidos a los órganos de la administración de justicia, contenga la mayor claridad, sencillez y precisión técnico-jurídica posibles, habilidades éstas, para las que han sido formados especialmente los abogados y que le permitan al Tribunal que conozca de ellos, decidir sin dilaciones la petición presentada...<sup>15</sup>

La jurisprudencia ante la ausencia de la asistencia de abogado por parte del presunto agraviante, ha considerado conveniente aplicar el artículo 19 de la Ley, otorgándole al solicitante la posibilidad de corregir la misma.

Respecto a este tema consideramos favorable la solución dada por la jurisprudencia, por lo cual no sería procedente una reforma legal, y en todo caso recomendamos que se continúe con el criterio jurisprudencial establecido.

La asistencia de abogado o letrado en todo procedimiento judicial representa una garantía para los justiciables de un adecuado ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Este criterio ha sido recogido por numerosos textos constitucionales,

---

15 En igual sentido ver decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia del 14 de marzo de 1996, expediente número 94-43.

los cuales al establecer los elementos que definen el contenido de la tutela efectiva de los derechos e intereses no han dudado en mencionar la asistencia de letrado.

En efecto, la Constitución Española de 1978 define la tutela judicial efectiva en los siguientes términos:

#### Artículo 24

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

En un sentido similar se han pronunciado los textos constitucionales de las Repúblicas de Colombia (artículos 29 y 229), Chile (artículo 19.3), Perú (artículo 139.14) y República Dominicana (artículo 8.2.j).

Siendo la asistencia de abogado un elemento necesario para el adecuado desenvolvimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, consideramos imprescindible su intervención en el proceso de amparo constitucional.

## **VI. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO:**

En relación a este punto, nos formulamos la siguiente interrogante: ¿Si un organismo constitucional con autonomía funcional como es el Ministerio Público, cuya primera atribución es velar por el respeto a los derechos y garantías constitucionales, puede intentar la acción de amparo por un particular que ha sido lesionado?

Resulta indudable que la actuación del Ministerio Público en el proceso de amparo es esencial. En primer lugar a través de su intervención

en un proceso que ha sido iniciado por la acción de un particular, situación esta que se encuentra expresamente prevista en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, como una facultad de los fiscales, para intervenir en los juicios de amparo. Pero consideramos que es de mayor trascendencia la posibilidad de que el Ministerio Público en determinados supuestos pueda dar inicio directamente al proceso de amparo, si tomamos en cuenta que las atribuciones de éste en una buena medida están dirigidas a velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales.

En efecto, por la naturaleza del amparo constitucional, pareciera que esa acción sí puede ser ejercida en ciertos casos por el Ministerio Público. Así, por ejemplo, en el caso de la privación de libertad o restricción en la seguridad, situación expresamente prevista en la vigente Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o en los casos de defensa de los derechos fundamentales de los menores, en los cuales los Procuradores de Menores podrán interponer dicha acción (artículo 72, ordinal 2º, y artículos 148 al 150 de la Ley Tutelar de Menores).

En derecho comparado, podemos observar como en la Constitución Política de Bolivia, artículo 19 primer aparte, se atribuye competencia al Ministerio Público para interponer de oficio la acción de amparo cuando no lo hiciere o no pudiese hacerlo la persona afectada. En sentido similar se pronuncia la Constitución de la Nación de Argentina, artículo 43 primer aparte, la cual otorga legitimidad activa para interponer la acción de amparo en defensa de los derechos de incidencia colectiva al defensor del pueblo.

Tomando en consideración que una de las atribuciones constitucionales del Ministerio Público (artículo 220, ordinal primero, del texto fundamental) es velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales, consideramos que es pertinente introducir en la reforma legislativa la posibilidad de que el Ministerio Público puede interponer la acción de amparo constitucional, además de los supuestos ya previstos, en aquellos casos en los cuales el agraviado se encuentre imposibilitado de hacerlo o cuando se encuentren en afectados derechos de incidencia colectiva.

## VII. LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA:

Otro de los puntos relacionados con el tema de la legitimación activa es el relativo a la posibilidad de defensa de los intereses difusos y colectivos por vía de la acción de amparo constitucional.

El concepto de interés difuso ha sido establecido en base a los siguientes elementos<sup>16</sup>:

- Alude a medidas que afectan a la colectividad en general o a grupos determinados de ella. Existiendo posibilidad de accionar en nombre de la colectividad, sólo cuando dicho interés se concreta en un determinado grupo.
- La denominación interés difuso, es equívoca, porque la falta de concreción de tal interés es relativa, no absoluta.
- El interés difuso no puede ser nunca un interés que contraste con el de otros grupos que operen dentro de la misma localidad, sino con los de la autoridad que dicta o se abstiene de dictar las medidas que engendran el conflicto.

En base a los elementos anteriores, la autora Hildegard Rondón de Sansó afirma que el interés difuso es el que puede hacer valer legítimamente un sujeto o grupo de sujetos, en beneficio o protección de una colectividad, si se dan los siguientes supuestos:

1. La tutela se ejerce contra un ente público o sujeto dotado de poderes de autoridad.
2. La representación que el actor se atribuye informalmente, por cuanto no deriva de un poder expreso, sólo puede referirse a un sector lesionado en un interés legítimo.
3. El interés que se hace valer no puede ser contrastante con el de otros grupos que operan en la misma colectividad.

Concluye la citada autora afirmando que: “Es fundado en tales principios lógicos que debe reconocerse la legitimidad del que alega un interés difuso en la esfera del amparo”.

---

16 RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard: *La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos*, Caracas, Editorial Arte, 1994; Pág. 92-95.

Por su parte la jurisprudencia ha considerado procedente la defensa de intereses difusos por vía del amparo constitucional, prueba de ello es la decisión de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa del 2 de mayo de 1996 (juicio de Simón Hebert Faull), en la cual se expresó:

Ahora bien, la doctrina de la materia, recogiendo las experiencias que provienen del derecho Comparado, y asimismo, de algunas decisiones jurisprudenciales, ha admitido la figura de los intereses difusos, que son aquellos de los cuales son titulares amplios sectores de la colectividad. Ante la presencia de un interés difuso, cualquiera de los integrantes de esa colectividad o grupo podría accionar, incluso por vía de la acción de amparo para obtener que se satisfaga la pretensión que deriva del interés. Debe recordarse que en forma expresa, algunas leyes reconocen la accionabilidad del interés difuso, como es el caso de la novísima Ley Orgánica de Protección al Consumidor y al Usuario de fecha 18 de abril de 1995...

Ahora bien, no puede confundirse la noción del interés difuso, con la del interés colectivo, aún cuando entre ellas exista una relación de especie a género, ya que este último está representado por el interés colectivo y la especie es el interés difuso.

Lo anterior significa que, el interés colectivo es el de toda la comunidad...; en cuanto que, el interés difuso es el de un grupo particularmente afectado por un acto concreto de la Administración... perfectamente ubicables en un tiempo y lugar específicos.

Como puede desprenderse del texto de la decisión parcialmente transcrita, la Sala Político Administrativa admitió la posibilidad de que la vulneración o amenaza de ello de intereses difusos sea objeto de una acción de amparo constitucional, negándola para el caso de intereses colectivos.

Pero tal posición no ha sido pacífica, en sentencia del 6 de agosto de 1987, caso Registro Automotor Permanente se consideró que aceptar la posibilidad de que una determinada persona actuara en defensa de un interés difuso o colectivo, atribuyéndose una representación genérica de toda la población, desvirtuaba el objeto fundamental del amparo que es la restitución a un sujeto de derecho de una situación o garantía jurídica tutelada por la Constitución, otorgando así a la acción de amparo efectos



generales propios de una acción de nulidad, cuya competencia, procedencia y tramitación procesal son radicalmente distintas<sup>17</sup>.

En el presente punto, nos permitimos disentir de los criterios doctrinales y jurisprudenciales expuestos. Consideramos que por la vía del amparo constitucional no pueden ser defendidos intereses difusos o colectivos, por cuanto ésta figura procesal fue creada con la finalidad de proteger derechos subjetivos fundamentales y no categorías inferiores como los interés legítimos, difusos o colectivos.

Ahora bien, esto no significa desconocer que existen una serie de derechos y garantías constitucionales de incidencia colectiva (como por ejemplo: el derecho a la educación, la libertad económica, etc.) cuya violación o amenaza pueden afectar a una pluralidad de sujetos determinados o determinables, los cuales tendrían legitimidad para interponer la acción de amparo cada uno de ellos en forma individual, situación que indudablemente produciría un problema práctico, si cada uno de los afectados ejerce su acción (que únicamente le otorgaría protección al accionante, en base al carácter personalísimo del amparo).

Frente a tal situación consideramos que es lógico pensar que de existir grupos de representación (creados conforme a la Ley) los mismos gozan de legitimidad para la defensa de los derechos constitucionales de incidencia colectiva de sus miembros o agremiados, que se puedan ser afectados por una actuación de la Administración Pública o de otro particular. Asimismo, frente a estas situaciones, el Ministerio Público, como garante de los derechos fundamentales, podría intervenir en defensa de los mismos. La decisión que se adopte producirá efectos respecto de todos los posibles sujetos afectados, en virtud de la naturaleza colectiva de los derechos afectados.

En base a lo anterior, proponemos una reforma legislativa que otorgue legitimación activa para la interposición de la acción de amparo a aquellos grupos o asociaciones de representación, creados para la defensa de los derechos de sus agremiados, como podrían serlo los sindicatos, federaciones o colegios profesionales.

---

17 Criterio ratificado en sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político administrativa del 10 de noviembre de 1994.

En este sentido se han pronunciado algunas constituciones extranjeras, como la Argentina, la cual prevé en su artículo 43, primer aparte:

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

En sentido similar se pronuncia la Constitución de la República Federal de Brasil al otorgar legitimidad para interponer el mandato de segurança colectivo a un partido político con representación nacional, una organización sindical, entidad de clase o asociación legalmente constituida y en funcionamiento desde hace un año por lo menos, en defensa de los intereses de sus miembros o asociados.

### **VIII. LOS TERCEROS INTERVINIENTES EN EL PROCESO DE AMPARO CONSTITUCIONAL:**

Como último punto relacionado con la legitimidad activa nos referiremos a la participación de terceros en el proceso de amparo.

En esta materia la Ley vigente presenta un total vacío, por lo cual la jurisprudencia ha considerado que son aplicables las normas que sobre participación de terceros prevé el Código de Procedimiento Civil Venezolano<sup>18</sup>, solución que pensamos apropiada, razón por la cual consideramos poco necesaria una reforma legislativa en la materia y propugnamos por el mantenimiento del criterio jurisprudencial.

---

18 En tal sentido ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político administrativa del 20 de marzo de 1997, en juicio de Francisco Javier Arias Cárdenas.

## **IX. CONSIDERACIONES FINALES - PROPUESTA DE REFORMA:**

Formuladas las reflexiones anteriores en base al tema de la legitimación activa en materia de amparo constitucional, planteamos la necesidad de reformar el artículo primero de la vigente Ley, en los términos siguientes:

Artículo 1.- Toda persona, cuyos derechos fundamentales sean violados o amenazados de violación en el territorio de la República de Venezuela, podrá solicitar ante los Tribunales Competentes el amparo previsto en el artículo 49 de la Constitución, para el goce y el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos derechos fundamentales de la persona humana que no figuren expresamente en la Constitución, con el propósito de que se restablezca inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella.

Parágrafo Primero: Podrán interponer la acción de amparo constitucional, contra cualquier violación o amenaza de violación a los derechos relativos al ambiente, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Ministerio Público y las asociaciones o agrupaciones que propendan a esos fines, creadas conforme a la ley.

Parágrafo Segundo: El Ministerio Público podrá además interponer de oficio la acción de amparo constitucional en aquellos casos en los cuales el afectado se encuentre imposibilitado de hacerlo.

Como podemos observar en la propuesta de reforma se eliminan los términos de habitante y domicilio para determinar la legitimación activa de las personas naturales y jurídicas, sustituyéndole por el término persona, el cual es lo suficientemente genérico como para abarcar tanto a las personas naturales, jurídicas, domiciliadas o no, residentes ilegales, etc.; incorporándose el elemento territorial, consistente en que la amenaza o violación al derecho o garantía fundamental vengan dadas por hechos u omisiones ocurridas en el territorio de la República de Venezuela. De esta forma podrían subsumirse en la norma cualesquiera supuesto de violación a derechos fundamentales.

Por otra parte, el Parágrafo Primero otorga legitimidad a todas aquellas asociaciones creadas conforme a la Ley para la defensa de derechos de incidencia colectiva como podrían ser los sindicatos, federaciones, colegios profesionales, asociaciones de vecinos y

consumidores, los cuales podrían interponer en defensa de sus asociados la acción de amparo constitucional, cuando por determinados hechos u omisiones los derechos constitucionales de sus asociados sean objeto de violación o amenazados de ello.

Finalmente, la norma otorga legitimidad activa al Ministerio Público, como defensor de los derechos constitucionales, para interponer la acción de amparo constitucional cuando se trate de derechos o incidencia colectiva y en aquellos casos en los cuales el agraviado se encuentre imposibilitado de ejercer la acción de amparo.

Esta propuesta fue en parte recogida por el proyecto de constitución elaborado por la Asamblea Nacional Constituyente, el cual estatuye en su artículo 27:

Artículo 27. Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidades, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales.

Lamentablemente el referido proyecto guarda silencio en cuanto a los derechos de incidencia colectiva, así como sobre la participación del Ministerio Público, perdiéndose una importante oportunidad para el desarrollo de la institución del amparo constitucional.



## **De la inexistencia de la hipoteca que garantiza el cupo de crédito**

Jon Lacasa Astigarraga\*

Hemos podido constatar cómo ciertos bancos abusan de su poder económico en sus funciones de intermediación o de préstamo al imponer sus contratos de adhesión y así, sin darse cuenta, cómo violan normas de orden público y cómo van generando una costumbre o hábito bancarios contra legem (Art. 7 del Cód. Civil).

El presente análisis es de carácter jurídico y así intentan ser sus conclusiones imparciales. La sociedad necesita de la banca y, viceversa, la banca necesita de la sociedad. En tal virtud debe evitarse este abuso en ciertos bancos y buscar fórmulas legítimas de mutua preservación pues es indudable que la banca cumple una función de intermediación sin la cual no se podría concebir el comercio actual y sin la cual, difícilmente, el menor de edad ni la ama de casa podrían guardar sus ahorros haciéndolos rentables, por dar un ejemplo.

Nos referiremos específicamente al caso concreto del contrato de Cupo de Crédito Bancario garantizado con Hipoteca, analizando al primero y, posteriormente, en este orden, analizando el concepto de la hipoteca y de sus características fundamentales a la luz de la legislación, la

---

\* Abogado por la Universidad Central de Venezuela.

jurisprudencia y la doctrina nacionales así como a la luz de la doctrina internacional más autorizada, para concluir con que la hipoteca otorgada para garantizar un cupo de crédito es inexistente.

- Un instrumento único

El contrato de Cupo de Crédito se da, generalmente, mediante un instrumento único que se inscribe en el Registro Subalterno correspondiente al derecho real hipotecado, que firman el Banco y su cliente, simultáneamente, en virtud del cual el Banco otorga un cupo de crédito al cliente por el cual se obliga a descontarle letras de cambio, a otorgarle pagarés, a abrirle cartas de crédito, a otorgarle en un futuro créditos en cuenta corriente, por ejemplo y, simultáneamente, en el mismo instrumento, el cliente constituye una hipoteca para garantizar al Banco las resultas de dicho Cupo de Crédito. Puede darse el caso que un tercero constituya hipoteca a favor del Banco para garantizar el referido Cupo de Crédito, lo cual no altera la esencia del ejemplo.

- Ejemplo de un texto de contrato de Cupo de Crédito

Para ser más explícitos y reales en nuestro análisis tomaremos un caso concreto, que hemos manejado en nuestro ejercicio profesional, sustituiremos las identidades de los contratantes, por razones obvias, y sacaremos nuestras deducciones sobre el mismo.

*El Banco "X" C.A., s.a.C.A. -s.a.i.C.A.-, en lo sucesivo denominado el Banco, abre en esta fecha a "Y" C.A. un cupo de crédito hasta la cantidad de diez millones de bolívares (Bs. 10.000.000,00), el cual podrá utilizar en cualesquiera de las formas comunes y usuales de la Banca venezolana.*

Aclara el contrato que el *cupo de crédito* permite al cliente efectuar las siguientes operaciones crediticias:

"... Efectos de Comercio, descubiertos en cuentas corrientes; cartas de crédito o créditos documentarios, fianzas, pagarés a corto plazo, descuentos en letras de cambio, créditos en cuenta corriente, etc."

Especifica el texto del contrato de adhesión impuesto por el Banco:

"Se *determinarán en cada caso* las condiciones de los pagarés *que se descuenten u otorgaren* dentro del crédito establecido por medio del presente documento."

Aclara el texto respecto del tratamiento a dar a las *futuras* operaciones crediticias:

“Para el descuento de giros o letras de cambio, el Banco *se reserva el derecho de considerar en cada caso* los efectos que *se presenten* para su descuento, *pudiendo rechazarlos si así lo considera conveniente.*”

Así mismo reza el contrato:

“En cuanto a las fianzas, cartas de crédito o créditos en cuenta corriente, el Banco *examinará en cada oportunidad* la operación y *determinará si autoriza o no* la negociación.”

Especifica el contrato en cuanto al régimen de los intereses a aplicar, siempre a las futuras operaciones:

Los intereses convencionales que se originen de estas operaciones *se determinarán en cada caso particular*y, en caso de mora, los intereses se pagarán a la tasa convenida para *cada operación que realicen* las partes con fundamento en este contrato.

En el texto que comentamos, uno de los tantos registrados, el Banco se subroga una serie de facultades, a saber:

“... el Banco *queda facultado para limitar el crédito* de una sola vez o por medio de rebajas periódicas, lo mismo que *para restablecerlo a cualquier nuevo límite* dentro de su monto total.”

En previsión a *futuras deudas* el Banco establece:

“... la Compañía “Y” autoriza al Banco a *debitar sin previo aviso* en cualquier cuenta que mantuviere en dicho Instituto aquellas cantidades correspondientes a obligaciones de plazo vencido *que tenga pendiente* por pagar.”

En síntesis, puede concluirse, fuera de la menor duda, dentro de un texto homogéneo, que el Banco *abrió un cupo de crédito de hasta diez millones* de Bolívares a favor de la sociedad “Y” para que ésta lo utilizara en *un futuro* conforme a ciertos términos y condiciones.

Así mismo queda claro que en ninguna parte del texto se establece la preexistencia de ninguna obligación ni de préstamo, en concreto, pendiente de pago para ese momento por parte de la sociedad “Y”. Igualmente hay que destacar la peculiar situación a favor del Banco al reservarse el mismo la facultad de rechazar o no las operaciones de



crédito que pudiere proponerle a futuro la sociedad “Y”, así como la facultad unilateral del Banco para reducir o restablecer el citado límite del crédito de Bs. 10.000.000,00 no obstante haberse constituido más delante y en el mismo instrumento una garantía hipotecaria a favor del propio Banco.

## **I. ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR CUPO DE CRÉDITO?**

Se entiende por *cupo de crédito* la *opción o derecho* -muy limitado y muy condicionado a la voluntad unilateral del Banco no obstante la garantía hipotecaria a su favor, conforme al texto citado más arriba- en virtud del cual puede la sociedad “Y” *constituirse o devenir en el futuro en deudora del Banco hasta por el monto total citado de Bs. 10.000.000,00 si recurre a los préstamos ofrecidos por el Banco a través del citado cupo de crédito y si éste conviene en otorgárselos.*

Surge pues, a partir del momento en que se constituye dicho cupo, un derecho para la sociedad “Y” al uso del préstamo del Banco y, correlativamente, debería surgir una obligación para el Banco de otorgar los préstamos que le solicitare su cliente. Lo correcto sería sostener que con el otorgamiento de un Cupo de Crédito nace una obligación para el Banco y, por ende, un derecho a favor del beneficiario del Cupo, sea el compromiso del Banco de otorgar al cliente determinados créditos en determinadas condiciones y términos. Sin embargo la forma leonina en que es redactado el contrato de adhesión no obliga al Banco al otorgamiento de ningún crédito que le fuera solicitado por el cliente. El Banco se reserva aceptar o rechazar la solicitud de préstamo sin obligarse a explicación alguna a su cliente, no obstante ser el Banco beneficiario de una hipoteca de primer grado a su favor, lo que simultáneamente limita la capacidad de endeudamiento de dicho cliente con un tercero al tener “congelado” un inmueble o derecho real suyo.

En base al contrato de Cupo de Crédito el cliente no asume la obligación de pedir a dicho Banco préstamo alguno ni tampoco le da la exclusividad al Banco como ente prestamista ni como intermediador en las operaciones crediticias ni financieras de la sociedad “Y”. Nada pues impide al cliente recurrir a otro Banco de la competencia para realizar sus operaciones financieras.

El Banco, de honrar el espíritu del contrato de Cupo de Crédito, se obligaría a dar los préstamos requeridos por la sociedad "Y" hasta el monto citado y bajo las modalidades, términos y condiciones señalados en el instrumento. El Banco, como analizaremos, en una sana administración, debería por ende, constituir una reserva para satisfacer las necesidades futuras de su cliente al momento de ser requerido por la sociedad "Y" y debiera por ende cobrar al cliente un monto por esa reserva, por darle la garantía de préstamo en la modalidad convenida. Sin embargo, como se estableció en las cláusulas anteriores, el Banco se reserva el análisis y la escogencia del crédito y, así, su otorgamiento o su rechazo.

De lo dicho podemos concluir que el mero otorgamiento del contrato de Cupo de Crédito no causa obligación ni deuda alguna para la sociedad "Y", entendiéndose por deuda, para mayor certeza, aquella cierta, líquida y exigible o deuda a término. La disponibilidad del cupo no obliga ni implica su uso para el cliente. El cupo es tan sólo una opción que tiene el cliente. El cupo sería, por el contrario, un deber o compromiso para el Banco ante su cliente, un pasivo intangible para el Banco. Es fundamental retener este concepto para demostrar la inexistencia de la Hipoteca constituida para garantizar el Cupo de Crédito.

La previsión de un cupo de crédito para un comerciante cauto, prudente, preventivo, resulta igual a la previsión que asume el titular de dos o tres o más tarjetas de crédito, el llamado crédito plástico. El comerciante precavido se asegura una fuente crediticia que, quizás, nunca llegará a utilizar. Así, en el momento de una necesidad no tendrá que recurrir a solicitudes de crédito que pudieran tardar en su tramitación o, peor, serle negadas. El titular de una tarjeta de crédito goza, por igual, de una tranquilidad ante un eventual pago que deba hacer hasta un monto predeterminado, cuyo pago es un acontecimiento futuro e incierto. El titular de la tarjeta goza de la seguridad que en un momento determinado, bien por necesidad económica o bien por falta de liquidez, podrá utilizar dicha tarjeta de crédito en el establecimiento que se lo admita. Con la sola emisión de la tarjeta de crédito quien asume el compromiso de pago de las facturas que causará probablemente el titular de la tarjeta es el ente financiero o emisor de la misma hasta un monto determinado, el llamado límite de crédito. En otras palabras, al igual que en la mera y formal constitución del Cupo de Crédito a favor del cliente que no genera

deuda para este último sino una obligación para el Banco para satisfacer las solicitudes de préstamo formuladas por dicho cliente, en la sola y formal emisión de la tarjeta de crédito no se genera ninguna deuda para su beneficiario o titular sino en la medida en que dicho beneficiario va haciendo uso de dicha tarjeta de crédito dentro de los límites y modalidades de pago impuestos por el emisor de la tarjeta.

Algunas personas, bien por precavidas o bien por deseosas de aparentar solvencia; exhiben orgullosamente, cual naipes, numerosas tarjetas de crédito. Pero la sola titularidad de las tarjetas de crédito no causa deuda en sí ni obligación alguna para sus tenedores en tanto éstos no hagan uso de las mismas exceptuándose el cobro de una comisión que una vez y anualmente pueda cobrarle el ente emisor, situación distinta a la de una deuda por el llamado “uso de la tarjeta”. Tampoco el comerciante previsor que se ampara en un cupo de crédito para futuras eventualidades, se constituye en deudor si el Banco no le otorga el préstamo solicitado.

Algunos autores se han dado a llamar al cupo de crédito como “crédito eventual”, lo que pudiera inducir a error. Una cosa es un crédito eventual o crédito sometido a condición y otra el cupo de crédito que es la capacidad o posibilidad que le reconoce el Banco a su cliente para que éste, voluntariamente, le solicite una asistencia financiera, una prestación a futuro y se constituya entonces en deudor: (por lo general un préstamo dinerario, un descuento de letras de cambio, cartas de crédito o incluso fianzas o avales no constituyendo, estos últimos, erogaciones de dinero sino un gravámen patrimonial para el Banco a favor de un tercero y en nombre del cliente).

En otras palabras y en concreto, en los extractos que hemos hecho más arriba del texto del contrato de adhesión o Cupo de Crédito, en ninguna parte se establece la existencia de ninguna deuda individualizada ni, por ende, se determina el monto de deuda alguna, ni sus supuestas fechas de origen ni de vencimiento, ya que para el momento de constituirse la hipoteca que garantiza el Cupo de Crédito no existía deuda alguna con el Banco. ¡Conclusión a recordar!

Esta indeterminación o falta absoluta de individualización de deuda alguna, inexistente para el momento del otorgamiento del instrumento del Cupo de Crédito, se observa en las siguientes citas del documento comentado:

“... las letras de cambio libradas, aceptadas, o avaladas por mi representada y pagarés a la orden emitidos, avalados o endosados igualmente por mi representada, los cuales sea portador o beneficiario actualmente o lo sea en el futuro...”

“... las cartas de crédito o créditos documentarios o en cualquier forma que dicho Banco le conceda, haga abrir en el exterior, avale o garantice, de alguna manera...”

“... para garantía y seguridad de las resultas de las fianzas o avales de cualquier especie...”

“... para garantía y seguridad de todas las obligaciones de cualquier especie.”

De lo dicho concluimos que el otorgamiento en sí de un Cupo de Crédito por parte del banco no constituye en deudor al cliente. El Cupo de Crédito es, en síntesis, y antes por el contrario, el compromiso que asume el Banco de dar préstamos a su cliente.

## **II. ¿QUÉ ES LA HIPOTECA?**

En el mismo texto en el cual el Banco acostumbra otorgar un Cupo de Crédito a su cliente, éste último constituye una hipoteca de primer grado a favor del Banco para garantizarle los préstamos futuros que éste pudiere hacerle. Un ejemplo de este texto que más adelante criticamos, es el siguiente:

... para garantía y seguridad de todas las obligaciones de cualquier especie... por cualquier título o causa... operaciones realizadas como consecuencia del cupo de crédito ... hasta por la cantidad de dieciséis millones de bolívares... para garantía y seguridad finalmente de los posibles intereses de financiamiento, gastos de cobranza, honorarios profesionales ..., constituyo a favor del Banco hipoteca convencional y de primer grado con anticresis.

A continuación es identificado el inmueble o derecho real dado en garantía hipotecaria, sus características y accesorios así como el título de adquisición.

*- Ubicación de la hipoteca en el código civil.*

El legislador y, por ende, la Doctrina han distinguido la naturaleza de la obligación de la naturaleza de la hipoteca, separando estas entre sí, ubicando las obligaciones en el Título III (con sus respectivos cinco capítulos) y ubicando, “a posteriori” la hipoteca en el Capítulo 2 del Título XXI “De los Privilegios e Hipotecas”, todo en el libro Tercero.

No accidentalmente el legislador ubica en el Código Civil primero las obligaciones, comenzando con el artículo 1133 del citado código y ubica al final del mismo, posteriormente, la hipoteca en el artículo 1877, como complemento y accesorio que es ésta última de la primera. En el Título XX y con el artículo 1855 el legislador ubica la anticresis junto con la hipoteca convencional, pues, para ser más ilustrativo y orientativo, podemos adelantar que para el legislador la hipoteca existe en tanto exista una deuda que garantice. Si no hay deuda, que es lo principal, no existe hipoteca que la garantice, que es lo accesorio. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. No se garantiza algo inexistente. Al extinguirse la deuda se extingue la hipoteca.

*- Definición de Hipoteca por el Código Civil venezolano:*

El citado artículo 1877 del código civil define la hipoteca así:

“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.”

*- Definición de Hipoteca por la Jurisprudencia venezolana:*

La Casación venezolana, en reciente decisión del 21 de octubre de 1993, expediente No. 93-294, con ponencia del Magistrado Anibal Rueda y sin voto salvado, ratificó el criterio jurisprudencial y doctrinal acerca de la hipoteca al referirse al artículo 1877 del código civil:

“La interpretación de esta norma conduce inexorablemente a caracterizar la hipoteca como Derecho real , inmobiliario, accesorio e indivisible.”

*Las características de la hipoteca:*

La hipoteca es una garantía para el supuesto incumplimiento voluntario de una obligación determinada.

La hipoteca es la garantía que otorga el deudor o un tercero en nombre del deudor, a favor de su acreedor. Para ser deudor tiene que haber una deuda u obligación. Para ser acreedor debe haber un derecho exigible y definido. Necesariamente debe preexistir una deuda para que exista la hipoteca. No de otra forma puede concebirse una hipoteca sin obligación.

En otras palabras, "latus sensu", deudor es aquel que debe algo a alguien o a algunos; aquel que tiene contraída una obligación de dar, hacer o no hacer.

Y, recíprocamente, acreedor es aquel que tiene el derecho a exigir a alguien o a algunos el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer.

En consecuencia, desarrollando nuestra normativa, no puede haber deudor si no existe deuda ni obligación como tampoco puede haber acreedor si no existe acreencia ni derecho a favor.

La obligación previamente definida puede ser de cumplimiento inmediato, futuro o a término. Pero, sea como sea, en todo caso, la obligación debe existir para que exista garantía, ya que la garantía es referida exclusivamente al cumplimiento de una obligación determinada, individualizada y no a una obligación cualquiera ni futura. La obligación debe ser, por tanto determinada, concretada, delimitada, especificada, precisada, para que exista hipoteca cuyo cumplimiento la garantice, que es el privilegio que distingue al acreedor hipotecario del acreedor quirografario. La obligación garantizada mediante hipoteca no puede, por tanto, ser genérica.

Puede existir obligación sin garantía -obligación quirografaria- y puede existir obligación con garantía, (obligación prendaria o hipotecaria, si la garantía es bien mueble o, según el caso, si la garantía es bien inmueble), mas nunca puede existir hipoteca si, al momento de constituir la, no existe la obligación cuyo cumplimiento ha de garantizar.

La definición contenida en el artículo 1877 del código civil es muy clara y, de conformidad con el artículo 4 "eiusdem", a la Ley debe atribuírse el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras.

*- La hipoteca no es una obligación en sí.*

Por su naturaleza la hipoteca es una garantía, sustitutiva del cumplimiento voluntario de la obligación. No se demanda por el incumplimiento de la hipoteca. Se demanda por el incumplimiento de la obligación que ésta garantiza y se pide la ejecución de la hipoteca consecuentemente. Cosa distinta es demandar al deudor para que éste convenga en sustituir el bien inmueble o derecho real que constituye la hipoteca por haberse destruido, disminuido en valor o, en definitiva, no ser garantía suficiente para cubrir el supuesto incumplimiento de la obligación que garantiza dicha hipoteca.

*- La hipoteca es la excepción.*

El artículo 1864 del código civil consagra el principio general que 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 y las hipotecas.

Si rige el principio de la generalidad, que todos los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, hemos de convenir que la hipoteca constituye una excepción a dicha regla general. La hipoteca es una excepción pues va a separar de dicha masa común de los acreedores quirografarios un bien inmueble o derecho real que va a garantizar, exclusivamente y con preferencia a cualquier otra obligación, el cumplimiento de una determinada obligación.

Al garantizarse el cumplimiento de una determinada obligación, sea la obligación denominada hipotecaria, el acreedor de esta última deviene en acreedor hipotecario. Es importante destacar que más que garantizar a un acreedor hipotecario la hipoteca garantiza el cumplimiento de una determinada obligación.

Y por ser una excepción debe ser, toda ella, de interpretación restrictiva. Esto fuerza a que la obligación cuyo incumplimiento está garantizado mediante una hipoteca deba estar a su vez muy bien determinada, muy bien especificada en sus características, en su cuantía, en el propio texto de la hipoteca. La obligación garantizada, la excepcional, debe distinguirse, sin duda alguna, con toda precisión de cualquier obligación quirografaria, no garantizada, no privilegiada, que integra la masa común de aquellos bienes ejecutables por los demás acreedores

quirografarios, menos sortarios o favorecidos, es decir los no privilegiados. El carácter excepcional fuerza a una relación directa y excluyente entre la obligación privilegiada a ser ejecutada y cuyo incumplimiento está garantizado mediante la hipoteca y esta última.

El incumplimiento de una obligación garantizada con hipoteca obvia la búsqueda de un bien a ser rematado en el patrimonio general del deudor, sea la prenda común de los otros acreedores quirografarios. El incumplimiento de una obligación hipotecaria impide que el producto del remate del bien determinado haya de ser compartido "a pro rata" con los demás acreedores quirografarios. El acreedor hipotecario, ante el incumplimiento de la obligación garantizada, ejerce directamente y con exclusión su acción sobre el bien que le ha sido dado en garantía hipotecaria. No ha de buscar ningún bien que integre la masa común de los acreedores para ejecutarlo. El tiene ya predeterminada o individualizada la obligación que ha de cumplírsele y determinado el bien con cuya ejecución, por la vía forzosa, sustituirá el incumplimiento de dicha obligación, por equivalente. Y esto lo hace por cuanto tiene una relación directa y exclusiva con el bien que le garantiza.

En otras palabras, la hipoteca crea un régimen de excepción, de interpretación restrictiva, formalísimo, de impretermitible determinación de la obligación en el propio texto de la hipoteca so pena de inexistencia o cuya determinación sea factible mediante la remisión indubitable a un documento auténtico preexistente o coetáneo a la constitución de dicha hipoteca.

Los demás acreedores quirografarios deben saber o tener, al menos, la posibilidad de conocer cuál es la obligación privilegiada en concreto, la magnitud o valor de esta obligación cuyo incumplimiento asegura a su dichoso acreedor o beneficiario un resarcimiento exclusivo por equivalente mediante la ejecución forzosa de un determinado bien inmueble o derecho real donde los demás no podrán concurrir sino después que fuere satisfecho íntegramente el preferido acreedor hipotecario.

No puede garantizarse el cumplimiento de una obligación indefinida, imprecisa, genérica ni dudosa, cuya existencia fuere imprecisa o insegura, que naciera sin conocerse su alcance, condiciones ni términos, su prescriptibilidad, que fuere indeterminada, ya que no sería difícil en estas circunstancias engañar a los acreedores quirografarios. Una obligación



indeterminada no puede por ende ser privilegiada con una hipoteca, sea por un régimen de excepción, pues sólo se puede exceptuar una obligación determinada. No se puede exceptuar unas obligaciones generales entre otras generales, pues no se podría nunca distinguir cuáles son las obligaciones generales exceptuadas de las obligaciones generales no exceptuadas. Por ello se requiere una determinación, una individualización, una precisión, una distinción de la obligación a exceptuarse para que sea distinguida de las demás no exceptuadas.

*Marty G. (Derecho Civil, Garantías accesorias)*

Si un acreedor pudiese obtener una hipoteca no solamente por todos los créditos de que es titular, sino por todos los que pudiera adquirir, en contra del mismo deudor, el crédito de este último quedaría arruinado de un golpe; no sabiendo los terceros cuáles obligaciones son las garantizadas ni hasta la concurrencia de qué suma responden sus bienes, se negarían a prestar. Por ello la Ley exige una especialización precisa del crédito garantizado. el crédito se individualiza indicando la causa del mismo y su monto.

La Jurisprudencia argentina, como el resto de la Doctrina internacional predominante y la venezolana, en concreto, con razón consideran que la individualización del crédito, -entiéndase obligación- sea con su identificación clara y precisa para informar a los terceros, no puede efectuarse si no se indica su causa u objeto, su monto y demás términos y condiciones, al menos con referencia al acto creador de la obligación. Si no hay individualización de la obligación, su incumplimiento no puede ser garantizado mediante una hipoteca.

La Doctrina argentina, de manera abrumadora e indudable, se manifiesta así:

Valiente-Noailles, Luís M. (Derechos reales. Buenos Aires, 1958, pág. 460), sostiene:

“El artículo 3.109 consagra el principio de la especialidad de la hipoteca en cuanto al inmueble y en cuanto al crédito.”

Prayones-Dassen-Laquis (Tratado de Derecho Hipotecario, cit., ps. 92 y 95) sostiene:

El principio de la especialidad de la hipoteca se refiere a la individualización del crédito que se garantiza con la hipoteca. La especialidad de la deuda es la indicación que se hace expresando una suma de dinero cierta y determinada.

Salvat (Tratado... act. por Manuel J. Argañaraz, Buenos Aires, 1962, t., ps. 116 y 118 a 120):

“La hipoteca debe constituirse en garantía y seguridad de un crédito concretamente determinado. Es necesario que la deuda sea concretada en una suma cierta y determinada.”

Lafaille, (Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales. cit. p.82), sostiene:

“En el derecho moderno tocante al crédito que se trata de asegurar, es necesario individualizarlo cuidadosamente, tanto para que sea conocida y publicada la afectación, como con el propósito de fijar inequívocamente el privilegio frente a los demás acreedores.”

Cammарotta (Tratado de Derecho Hipotecario, cit. ps. 88 a 91), sostiene:

“La suma de dinero cierta y determinada es la indicación especial del crédito que frente a los terceros denotará en qué medida numérica deberán respetarse los derechos del acreedor.”

Garrido-Andorno (Código civil anotado, ci. t. IV, ps. 360 a 363) sostiene:

La hipoteca, conforme a la orientación de la legislación moderna, debe constituirse en seguridad de un crédito concretamente determinado: es el principio de la especialidad en cuanto al crédito. La especialidad en cuanto al crédito es un requisito de gran importancia toda vez que interesa a los terceros conocer el “quantum” de los créditos para el caso de producirse la ejecución y también la naturaleza de la deuda para analizar la existencia de alguna modalidad que pueda determinar su extinción.

Colombo, Carlos J. (Ejecución Hipotecaria, Buenos Aires, 1974, ps. 23 a 23), sostiene:

No se cumple la exigencia legal con la sola determinación de la suma de dinero a que alcanza o alcanzará en su caso la garantía, sino que es necesario se precise cuál es el contrato que da origen al crédito que se garantice con la hipoteca, tanto para que sea conocida y pública la afectación como para que sea inequívoco el privilegio a los demás acreedores.

Continúa la cita:

No Se Cumple Con La Determinación Precisa De Cuál Es La Obligación Original garantizada con hipoteca, cuando el gravámen se constituyó en garantía de "...operaciones realizadas con anterioridad y a realizarse personalmente por el demandado..." , es decir, de obligaciones indefinidas e imprecisas.

Adrogué, Manuel Y. (Las cláusulas de estabilización y el principio de especialidad de la Hipoteca, LL., 1979-C-899; Ponencia a la VII Jornadas de Derecho Civil, LL., 1981 299):

"El carácter de especialidad de la hipoteca en lo que respecta al crédito, no se limita al deber de expresarla en una suma de dinero cierta y determinada, o en su caso, manifestar "el valor estimativo" en el acto de constitución del gravámen, sino que requiere la constancia de la causa (Origen o Fuente) , entidad (Objeto de la prestación) y magnitud (Medida del objeto) de la obligación garantizada."

Nota: Los paréntesis en la cita textual son del propio autor.

Cause, Jorge R. (Garantías Hipotecarias con indeterminación sustantiva - Garantías hipotecarias - ED 85-851)

"No se limita la especialidad en cuanto al crédito a la exigencia de fijar su importe en una suma de dinero cierta y determinada. Tocante al crédito es necesario individualizarlo cuidadosamente."

Moisset de Espanes, Luís (El principio de especialidad y la determinación de los elementos de la relación jurídica. Revista del Notariado, No. 767, p. 1779), sostiene:

El código exige que se individualice la causa de la relación jurídica hipotecaria y lo hace teniendo en cuenta el interés de los terceros , para evitar que se cometa un fraude pauliano en su perjuicio,

facilitándoles la investigación de la efectiva existencia de los créditos que se pretenden garantizar con este derecho real.

Gatti (Ponencia a la VII Jornadas de Derecho Civil, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1981, p. 306.), sostiene:

El constituyente de la hipoteca puede garantizar con ella uno o varios créditos que el acreedor tenga contra él o contra un tercero; más aún, podría garantizar todos los créditos que contra él o el tercero tenga el acreedor, pero será imprescindible que el crédito o cada uno de los créditos sean individualizados, determinados, especificados, con indicación precisa de sus elementos...

Una de las conclusiones de las VIImas. Jornadas de Derecho Civil en Buenos Aires, año 1981, fué:

Para cumplir con el requisito de la especialidad en cuanto al crédito, será necesaria la constancia de la causa (origen o fuente), del monto del crédito y del objeto de la prestación garantizada, como condición esencial para que la hipoteca tenga validez.

En el Derecho argentino, (Artículos 3.108, 3187 y 524) al igual que en el venezolano, la hipoteca no es un Derecho real si no se constituye para garantizar una obligación. Ello consagra la accesoriedad de la hipoteca de cara al crédito cuyo cumplimiento garantiza por la vía forzosa y, de ello, deriva la esencia de este carácter accesorio.

Todas estas teorías concurrentes, de ilustres tratadistas, demuestran, fuera de cualquier duda, que la hipoteca a los efectos de su validez y oponibilidad, debe garantizar el cumplimiento de una obligación perfectamente individualizada, tanto en su origen o fuente, en el objeto de la prestación como en la medida del objeto, como bien lo diría Manuel Adrogué en Argentina.

Los modernos juristas franceses son los que proclamaron el principio de la especialidad del crédito, exigiendo la constancia de la causa y del monto del crédito y que los juristas argentinos han repetido en nuestro continente, asignando a la individualización del crédito el valor de un principio esencial de la Hipoteca, preñado de orden público.

Así, en Francia sostiene Planiol-Ripert (*Traité pratique de droit civil français*, cit. t. XII, ps. 349 y 382 a 385), sostiene:

La hipoteca puede garantizar varios créditos y gravar varios inmuebles, sin dejar de ser especial por ello, siendo suficiente que cada uno de estos créditos e inmuebles sean objeto de determinación particular. Toda hipoteca que garantice un crédito indeterminado o ilimitado en cuanto a su montante arruina el crédito de la persona gravada. La especialidad consiste en la determinación del crédito en su causa, en su montante.

Fíjese bien cómo Planiol-Ripert distinguen entre determinación de “créditos” y determinación de “inmuebles”. Dos cosas distintas y que deben ser, ambas, determinadas en la hipoteca de acuerdo a nuestra Doctrina y Jurisprudencia más recientes.

Baudry-Lacantinière y de Loynes, P. (*Traité théorique et pratique de droit civil du nantissement, des privilèges, hypothèques et de l' expropriation forcée*. Paris. 1896 t. II, ps. 429 a 457), sostienen:

La especialidad en cuanto al crédito consiste en la indicación especial del crédito para la seguridad del cual se constituye; se prohíbe que un deudor consienta hipoteca por todas sus deudas en general respecto de una persona determinada sin otra precisión, o por todas las contraídas y que contraerá en un plazo determinado. En un palabra es necesario individualizar el crédito para seguridad del cual se consiente la hipoteca.

Josserand, Louis, (*Cours du droit civil positif français*, 2a. ed. Paris, 1933, t. II, p. 904):

Exige que la suma por la que se establece la hipoteca sea cierta y determinada; exige que el crédito sea individualizado como la cosa; la especialidad del crédito se efectúa por una doble indicación: indicación de la causa y enumeración del monto del crédito.

Colin-Capitant, (*Curso elemental de derecho civil*, cit. p. 389), sostienen:

“Establecen como indispensable conocer exactamente el crédito garantizado por la hipoteca y por la cuantía de ese crédito.”

Pasando a Italia nos ilustra Chironi, G.P. (Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno) 2a. de. Milán, 1918, t.ii, ps. 140 y 141) :

“La especialidad respecto al crédito significa la necesidad de conocer cuál es el crédito por el que se concede la seguridad. El crédito garantizado debe ser especializado o sea determinado en su individualidad.”

Messineo. (Manual de derecho civil y comercial, cit. p. 100), sostiene:

“La especialidad del crédito garantizado hipotecariamente consiente a los terceros conocer la causa y el monto del mismo y la parte por la cual el bien hipotecado está libre de deudas.”

Messineo hace referencia a los terceros o acreedores quirografarios, -como lo argumentáramos más arriba- pues éstos, los no beneficiados, los quirografarios, los no protegidos por una hipoteca, querrán saber si su deudor común cumplió o no y, de haber cumplido, en qué medida lo hizo con el acreedor hipotecario para así saber si tienen opción o no a recuperar parte o la totalidad de lo que a ellos, los quirografarios, les está debiendo el deudor de marras. Solo así, -y como lo aseveran los Maestros antes citados y toda la Doctrina en general, nacional como extranjera, así como la Jurisprudencia nacional- los acreedores quirografarios podrán conocer sus opciones o posibilidades de cobro si el crédito hipotecario es individualizado, determinado en su causa, modalidades, origen.

*Resumiendo:*

Así pues, es inexistente una hipoteca si el crédito, cuyo cumplimiento pretende garantizar, no está individualizado, si el crédito no preexiste o no nace simultánea o coetáneamente con la hipoteca.

Podemos sostener en consecuencia que, no siendo el cupo de crédito una obligación y menos, por ende, si no se ha individualizado obligación alguna en el contrato de Cupo de Crédito, la referida hipoteca de primer grado con anticresis sobre un bien inmueble o derecho real es inexistente.

Desarrollando el silogismo anterior, para mayor abundancia, se puede afirmar que al no individualizarse el crédito en el documento hipotecario puede darse el fraude de parte del acreedor hipotecario hacia los demás acreedores quirografarios, cuando no con la connivencia o complicidad del deudor.

Desde un punto de vista hipotético, asumamos bien pudiera darse el caso de una Sociedad financiera perteneciente a un Grupo financiero o Banco, cuya Sociedad fuera acreedora quirografaria de un deudor “X” -cuyo patrimonio está constituido por un inmueble tan sólo e hipotecado- y cuyo deudor es simultáneamente deudor hipotecario del Banco que integra y coordina el citado Grupo financiero. La Sociedad financiera, temerosa de no ver cancelada en su totalidad el préstamo que le adeuda dicho deudor quirografario “X” y temerosa de ver mermadas sus posibilidades de cobro al concurrir “a prorrata” junto con los demás acreedores quirografarios, conviene “discretamente...” con el Banco en ceder dicho pagaré a este último, el cual, en interés del Grupo, demandará su cancelación complementariamente en su ejecución de hipoteca, ya que lo incluiría fraudulentamente como parte del cupo de crédito o monto garantizado por la hipoteca. Esto tan sólo podría suceder de aceptarse erróneamente la tesis que las obligaciones garantizadas con hipoteca no tienen porqué estar predeterminadas ni individualizadas en el texto de la hipoteca o instrumento auténtico, otorgado de manera anterior o coetánea a la constitución de la hipoteca. De ser esto posible estaríamos ante un fraude de la Sociedad financiera, del Banco y del mencionado deudor “X”, -si lo consintiese o callase éste pudiendo probar el verdadero origen del pagaré- ante los demás acreedores quirografarios.

Por ello, los Maestros que citamos, exigen como elemento esencial de la Hipoteca, la individualización de la obligación que garantiza la misma, en forma previa o coetánea, clara, determinante y específica. Al tener que precisarse, individualizarse la obligación garantizada con la hipoteca, no se puede acumular a esta obligación, llámese hipotecaria, una obligación quirografaria, evitándose así el supuesto fraude a los demás acreedores.

*- La hipoteca es accesoria.*

No hay garantía si no hay obligación. Extinguida la obligación se extingue “ope legem” la facultad para ejercer la hipoteca, o sea la garantía de cumplimiento de dicha obligación.

Aguilar Gorrondona, José Luis (Contratos y Garantías U.C.A.B. 1970 2da. Edición pág. 86) , sostiene:

La Hipoteca es accesoria de la obligación cuyo cumplimiento garantiza y por lo tanto:

- a) La validez de la hipoteca presupone la existencia y validez de una obligación principal;
- b) La hipoteca se extingue por vía de consecuencia al extinguirse la obligación principal y
- c) La cesión del crédito garantizado comprende la cesión de la hipoteca que lo garantiza. (Código civil , artículo 1522).

La Casación venezolana en reciente decisión de fecha 21 de octubre de 1993, con ponencia del Magistrado Anibal Rueda, en juicio del Banco Internacional C.A. contra Desarrollos Agropecuarios y otra, en el expediente No. 93-294, sin voto salvado, ha ratificado:

Partiendo de estas consideraciones y de la accesoriad que caracteriza la hipoteca, lo cual viene circunscrito por la propia finalidad de la garantía, o sea, garantizar el cumplimiento de una obligación, por lo que resulta imposible la existencia de una hipoteca sin una acreencia principal a la cual garantice, no tiene efecto si no se ha registrado, ni puede subsistir sino sobre los bienes especialmente designados y por una cantidad determinada de dinero, es lógico concluir que, en el caso de marras, la imprecisión en cuanto a la gama de operaciones, daños y perjuicios, hecho ilícito futuro que se garantizan con hipoteca, no pueden considerarse dentro de las previsiones contenidas en el artículo 1896 del código civil que permite la constitución de esta garantía sobre obligaciones futuras y eventuales, ya que tal imprecisión no puede generar obligaciones determinadas y , por ende, hipoteca alguna, puesto que ésta es un derecho real accesorio, cuya suerte depende de la validez o no de las obligaciones principales que garantice.

Al no existir para el momento de la constitución de la hipoteca la obligación determinada cuyo cumplimiento garantiza la primera, no existe tal hipoteca pues, como lo ratificó la Casación venezolana en esta decisión, si no hay obligación no tiene sentido haya hipoteca que la garantice.

La accesoriad es una condición lógica y elemental que deriva de la propia naturaleza de la hipoteca. La hipoteca no tiene vida "per se" : la tiene en tanto exista una obligación cuyo incumplimiento se teme. Es como el segundo piso de un edificio. No puede existir si no existe un primer piso. El principal, o sea la obligación, puede existir



independientemente, pero el subordinado o accesorio, o sea la hipoteca, no puede existir independientemente de la obligación que garantiza. La hipoteca vive en tanto vive la obligación. Se extingue la obligación: se extingue por ende la hipoteca. No nace la obligación: mal puede nacer la hipoteca. La obligación es autónoma. La hipoteca vive en tanto esté atada a una obligación.

Si bien puede aducirse es cedible la garantía hipotecaria a favor de otro acreedor del deudor común, el grado y aún la hipoteca independientemente del crédito, ello sólo lo es hasta el límite de este. Así lo establece el artículo 1883 del código civil. Y esa cesión deberá ser escrita y cumplirá con las formalidades y solemnidades impuestas por la Ley de Registro Público y por ello, quedará especificado cuál obligación dejó de garantizar para saber con exactitud, en forma individualizada, cuál es la nueva obligación cuyo cumplimiento entra a garantizar, con el límite dinerario prefijado. De lo contrario esta cesión sería atacable de parte de los demás acreedores por fraude pauliano conforme al artículo 1279 del código civil.

La accesoriedad está consagrada en nuestro código civil a través de varios artículos, a saber:

“Artículo 1907 .- Las hipotecas se extinguen:

1o.) Por la extinción de la obligación.”

“Artículo 1908 .- La hipoteca se extingue igualmente por la prescripción, la cual se verificará por la prescripción del crédito...”

“Artículo 1909 .- La hipoteca renace con la acreencia cuando se anula el pago que la extinguió.”

“Artículo 1892 .- Quienes tengan sobre un inmueble un derecho suspenso por una condición o resoluble en ciertos casos, o dependientes de un título anulable, no pueden constituir sino una hipoteca sujeta a las mismas eventualidades...”

No puede haber expresión más clara respecto de la accesoriedad de la hipoteca ni duda alguna al respecto.

*- La hipoteca garantiza una obligación determinada.*

La hipoteca no garantiza cualquier obligación sino aquella obligación especificada en su propio texto constitutivo o en otro texto auténtico

pero claramente individualizado en el documento hipotecario, de suerte que la obligación esté perfectamente delimitada, determinada, en beneficio del deudor y de los demás acreedores quirografarios.

Esta determinación de la obligación es un resultado lógico de los principios de excepción y de accesoriedad expuestos más arriba. La hipoteca es un privilegio, es una excepción al principio de la prenda común de los acreedores, se escapa de la generalidad y por ende debe ser de interpretación restrictiva. La hipoteca acuerda un beneficio a un acreedor, el hipotecario, y resta a los demás acreedores una posibilidad de satisfacer su crédito al extraer el inmueble hipotecado de la prenda común.

Aguilar Gorrondona, José Luís. (Contratos y Garantías - U.C.A.B. - 1970 segunda edición - p. 88)

“La exigencia de que se determine la obligación principal garantizada por la hipoteca, aunque no es explícita en la Ley, resulta de la noción misma de la hipoteca.”

Aguilar Gorrondona, José Luís. (Contratos y Garantías - U.C.A.B. - 1970 segunda edición - p. 96)

“Siendo la hipoteca un derecho real de garantía presupone la existencia y validez de una obligación principal ...”

La Casación venezolana ha ratificado la importancia de determinar en el texto de la hipoteca: la obligación que se garantiza con la dicha hipoteca, en sentencia de fecha 21 de octubre de 1993, Sala Civil:

De aceptarse tales circunstancias (indeterminación de la obligación en el texto de la hipoteca) se estaría admitiendo la posibilidad de que constituida la hipoteca para garantizar determinadas obligaciones, se extendería esta arbitrariamente, mediante el otorgamiento de documentos privados en los cuales se estableciera que nuevas obligaciones distintas a las indicadas en el documento solemne de la hipoteca, quedarían también garantizados con este derecho real.

Continúa la cita textual de la Casación, Sala Civil:

Tal hipótesis infringe el artículo 1879 del código civil que exige el registro del documento que contiene la garantía hipotecaria, así como

el artículo 1877 “eiusdem” el cual consagra el principio de la especialidad de la hipoteca, definiéndola como un derecho real constituido... para asegurar el cumplimiento de una obligación.

Reza la misma sentencia de Casación:

Ello significa que, aún cuando la hipoteca pueda garantizar una o más obligaciones estas deben estar debidamente determinadas en el documento registrado. El principio de la especialidad de la hipoteca cubre los siguientes aspectos:

- a) Debe recaer necesariamente sobre un bien determinado;
- b) Debe cubrir y así debe expresarse, una determinada cantidad de dinero;
- c) Garantiza una obligación determinada, siendo requisito “sine qua non”, que cada una de dichas obligaciones sea identificada, de suerte que se sepa, sin lugar a dudas, los créditos amparados por la hipoteca, por lo que no es posible constituir hipotecas generales.

Pero si esta cita jurisprudencial de nuestra Sala Civil de Casación y de recientísima data fuera poca para declarar la nulidad absoluta de la hipoteca de primer grado y anticresis constituida para garantizar un cupo de crédito transcribo a continuación la misma cita que hace en la referida sentencia, la dicha Sala:

“En sentencia de este Alto Tribunal, citada por el formalizandte, de fecha 10 de julio de 1992, con ponencia del suscrito en el caso del Banco Nacional de Descuento C.A. contra Inversiones Yraca C.A., se dejó sentado lo siguiente:

Dado el carácter accesorio que distingue a la hipoteca, la misma tiene eficacia en tanto en cuanto exista una obligación determinada que aquella garantice... Analizando las disposiciones legales que regulan la materia, encuentra la Sala que el artículo 1879 del código civil, expresamente determina que la hipoteca subsistirá solo sobre los bienes especialmente designados y por una cantidad determinada...

Concluye la cita de dicha sentencia de Casación, así:

“Doctrinariamente se sostiene que la necesidad de individualizar el crédito garantizado es el aspecto más importante del principio hipotecario de la especialidad.”

Sería ocioso, por lo tanto, pretender que la determinación se refiere tan solo al inmueble objeto de la hipoteca, tal y como algunos autores - los menos- lo han planteado. Y no dudamos en enfrentar esta hipótesis pues estamos de acuerdo con toda la hermenéutica jurídica que consagra la necesidad de determinar la obligación que se va a garantizar, so pena de nulidad de la hipoteca, tal cual acaba de sentenciar nuevamente nuestra Casación. De acuerdo a la Ley venezolana de Registro Público, para enajenar o gravar un inmueble o derecho real, se debe determinar, especificar, cuál es el título inmediato de adquisición del derecho real que se dispone o se hipoteca, para lo cual debe indicarse, con absoluta precisión, el Número con que fué registrado, la fecha, el tomo, el trimestre, el protocolo y hasta los folios que ocupa el documento citado, amén de los linderos, medidas, ubicación y demás características del inmueble. De manera que si no se determina en el documento constitutivo de la hipoteca el derecho real que se está gravando, sería imposible registrar dicho instrumento constitutivo de la hipoteca pues el propio Registrador lo rechazaría. El artículo 1879 del código civil establece que no hay hipoteca si no se ha registrado. Para mayor abundancia y concurrencia véanse al respecto los artículos 89 y siguientes de la Ley de Registro Público. Así pues no es menester insistir en la necesidad de determinar el inmueble, a los efectos de la validez de la hipoteca, ya que si el inmueble no es determinado en el instrumento hipotecario no cumplirá con las normas registrales y será rechazado por el propio Registrador. Queda pues claro que la determinación, exigida por el código y tantas veces insistida y aclarada por la Doctrina para la validez de la hipoteca, es referida a la obligación que la misma garantiza y no al inmueble dado en garantía. Hay que cumplir con sendas determinaciones: la de la obligación garantizada y la del inmueble o derecho real que garantiza la citada obligación.

Queda claro pues que la Doctrina no se ha preocupado en destacar la necesidad de determinar el "objeto" de la hipoteca, sea el bien inmueble o derecho real que se grava, a los efectos de la vigencia de la hipoteca, pues, sin duda, al no especificarse el bien no habría tal hipoteca ya que la hipoteca surge a partir de su registro en la Oficina de Registro Subalterno. Por un lado, la necesidad lógica de identificar el bien inmueble y por el otro la necesidad de acatar la norma registral, obligan a la determinación del bien inmueble o derecho real, sin lo cual no habría registro de hipoteca.

La hipoteca, recordemos, es una institución de excepción, en todos los órdenes y, por ende, su interpretación y aplicación son de carácter absolutamente restrictivo. Esto sería como el error en el objeto que se vende. Si no se especifica el bien, si las partes no están de acuerdo en el objeto, no hay contrato. El objeto es uno de los elementos esenciales del contrato de compra-venta. Lo mismo sucede cuando no se fija el precio objeto de la compra-venta o no se establece quién es el tercero que lo fijará o no es establece si el precio corresponderá al del mercado o si será el del mercado en un momento determinado. La indeterminación del precio como la del objeto acarrearán la inexistencia del contrato. La doctrina se ha preocupado en exigir, en realidad y por razones de seguridad, por ser la hipoteca de excepción a la regla de la prenda común de los acreedores, la determinación de la obligación cuyo incumplimiento garantiza a su acreedor hipotecario.

Así pues, la obligación debe estar especificada, concretada, individualizada en todos los aspectos, determinada en el texto constitutivo de la hipoteca o en otro texto igualmente autenticado pero referido claramente en el de la hipoteca, –debe hacer prueba “erga omnes”– y no después sino antes, pues de lo contrario, pudiera prestarse a un fraude respecto de los demás acreedores quirografarios.

Si un acreedor hipotecario, privilegiado por ende, se hace “a posteriori” tenedor de una obligación quirografaria –letra de cambio que recibe por endoso de un tercero, por ejemplo– y pretende el pago de dicha letra a través de la hipoteca que le garantiza el cumplimiento de una obligación bien definida, como por ejemplo la entrega de una joya específica, estaría defraudando a los demás acreedores quirografarios, ya que el pago de la letra no está garantizado en la hipoteca sino la entrega de la joya, no obstante ser el obligado a la entrega de la joya como el librado aceptante de la letra de cambio, el mismo sujeto o deudor. Por ello la obligación cuyo cumplimiento es garantizado con una hipoteca debe ser determinada.

De allí. que no existan hipotecas generales, como sería una hipoteca para garantizar un cupo de crédito.

*La hipoteca es escrita, solemne, formal.*

Si no hay Registro no hay hipoteca. Su prelación en la protocolización establece la graduación. La hipoteca es igualmente indivisible. Pudieran enumerarse otras características pero su mención escapa del objetivo aquí planteado, sea su accesoriadad. Si no hay obligación predeterminada no existe hipoteca.

Al igual que la legislación italiana la nuestra acoge los principios de publicidad y especialidad. La publicidad exige la existencia de un instrumento escrito y registrado. La especialidad tiene una doble faz: a) exige la identificación del bien real que se da en garantía y b) la identificación o concreción de la obligación cuyo cumplimiento garantiza dicha hipoteca.

Así pues la hipoteca no es una garantía que usa el acreedor hipotecario a su capricho o elección, para asegurarse el cumplimiento de cualquier obligación de parte de la persona quien es su deudor hipotecario, sino para asegurarse de parte de este último el cumplimiento de aquella obligación que en forma concreta, indubitable y determinada, se especificó en el instrumento constitutivo de la hipoteca o en otro instrumento auténtico anterior. La hipoteca exige todo un rigor y toda una especificación de la obligación cuyo cumplimiento garantiza, pues está en la mira de los demás acreedores quirografarios deviniendo una institución de orden público.

**III. CONCLUSIÓN**

1) Para que una obligación esté garantizada mediante hipoteca debe preexistir para el momento de la constitución de "su" hipoteca o debe nacer coetaneamente con dicha hipoteca.

2) La preexistencia de la obligación o deuda garantizada por una hipoteca debe ser perfectamente determinada en su origen o causa, naturaleza, alcance o monto, exigibilidad, liquidez, certeza y de cualquier modalidad que la rodee fuera de toda duda, quedando distinguida en el propio texto de la hipoteca de cualquier otra obligación.

3) Su preexistencia debe estar determinada mediante título o instrumento auténtico, sea autónomo y anterior al documento constitutivo

de la hipoteca, sea simultaneo o coetaneo y por ende inserto en el propio texto del instrumento constitutivo de la hipoteca.

4) Si no hay obligación no hay hipoteca pues no hay nada que garantizar: si no hay causa no hay obligación. (Artículo 1157 del código civil venezolano).

5) Extinguida la obligación por cualquiera de las formas establecidas en el contrato o en la Ley, se extingue “ope legem” la hipoteca de cuyo incumplimiento la garantizaba.

6) Un Cupo de crédito no es una deuda constituida, ni individualizada ni predeterminada es, tan sólo, un compromiso que adquiere el Banco ante su cliente de proporcionar a este el dinero o crédito en los términos y condiciones convenidos.

7) La constitución de una hipoteca es prohibida para garantizar un cupo de crédito -que no es deuda ni obligación- como diría Baudry-Lacantinière, sea para garantía “...de todas las contraídas y las que contraerá...” ya que es esencial individualizar el crédito para seguridad del cual se consiente la hipoteca y de cara a los demás acreedores quirografarios.

8) La hipoteca constituida para garantizar un Cupo de Crédito es nula, de nulidad absoluta, ya que la misma no garantiza, en el propio instrumento hipotecario, el cumplimiento de una obligación predeterminada.

9) El Cupo de Crédito, al no ser una deuda en sí, no puede ser objeto de hipoteca.

Esta situación jurídica que aquí planteamos y que prueba, fuera de toda duda, la imposibilidad de otorgar una hipoteca para garantizar un cupo de crédito, sin duda alentará la queja de la Banca en el sentido que ello dificultará su labor y afectará el otorgamiento de préstamos en detrimento de su clientela y de la economía en general. En verdad, no pretendemos a través de este análisis buscar fórmulas bancarias como la creación de una hipoteca atípica y que el legislador no ha concebido aún. La hipoteca es accesoria de la obligación cuyo cumplimiento garantiza y no es una institución autónoma por ende. La accesoriedad implica dependencia. La vigencia de lo accesorio está determinada por la existencia de lo principal. Si no hay principal no hay accesorio. Si no hay obligación

no hay hipoteca. Quizás una hipoteca “atípica”, actualmente inexistente, pudiera ser jurídicamente factible, pero, y sin duda, lo cierto es que por el momento y a la luz de la legislación venezolana, de nuestra Jurisprudencia y Doctrina, no es válida la hipoteca que se otorga si no se individualiza en su texto, o bien previa o simultáneamente a su constitución, mediante documento auténtico en todo caso si no es en el mismo instrumento constitutivo de la hipoteca, el crédito o la obligación cuyo cumplimiento, por vía forzosa y sustitutiva, garantiza.





# **Régimen de la responsabilidad contractual del transportista en el Derecho Internacional Privado Aéreo: pasado y futuro\***

Germán Delgado Soto\*\*

## **Sumario**

Introducción. Un vistazo al sistema de Varsovia. Protocolo de La Haya. Convenio de Guadalajara. El Acuerdo de Montreal. Jurisprudencia Norteamericana y el sistema de responsabilidad limitada. El Protocolo de Guatemala. Los Protocolos Adicionales de Montreal de 1975. Las medidas de IATA y de algunos de los Estados partes del Convenio de Varsovia. La solución Japonesa. Nuevas medidas de IATA. El Convenio de Montreal de 1999: Hacia la reunificación del Derecho Internacional Privado Aéreo. Alcance de las reglas del nuevo Convenio. Algunas Inconsistenas en el nuevo Convenio. Conclusiones.

Palabras claves:

*Responsabilidad contractual del transportista en el Derecho internacional privado aéreo*

---

\* Investigación realizada por el autor en Mc Gill University y cuya publicación ha sido avalada por el Profesor Michael Milde del Institute and Center of Air and Space Law.

\*\* Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello, con cursos de Magister y especialización en Edimburgo, Escocia y Universidad de Mc. Gill, Canada, sobre Transporte Aeronáutico.

## INTRODUCCIÓN

El Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929<sup>1</sup> ha desempeñado sin lugar a dudas un papel muy importante en el desarrollo del transporte aéreo internacional. Este Tratado ha tenido particular relevancia en determinadas materias como por ejemplo para la unificación de las normas relativas a los documentos de transporte aéreo, tanto en el caso del transporte de pasajeros, con el billete de pasaje, como en el de transporte de mercancías, con la carta de porte aéreo.

El Convenio de Varsovia ha tenido también una importancia fundamental en cuanto a la adopción, para aquellos Estados que lo suscribieron, de un concepto común de lo que debe entenderse por transporte aéreo internacional, noción que determina la aplicabilidad de este Tratado internacional.<sup>2</sup>

El establecimiento de reglas uniformes en lo relativo a la jurisdicción en caso de aquellos conflictos que deban resolverse dentro del ámbito del Convenio de Varsovia, es otra materia bien importante sobre la cual dicho Instrumento, a pesar de todos los defectos que se le atribuyen, ha logrado su propósito. Evidencia de esto es el hecho de que el Convenio de Varsovia conforma todavía el cuerpo jurídico fundamental de derecho internacional privado aéreo para más de ciento cuarenta Estados, siendo uno de los tratados internacionales más ratificado en la actualidad.<sup>3</sup> Así pues, sin lugar a dudas, puede afirmarse que la referida Convención ha

---

1 De aquí en adelante este tratado será referido como la Convención o el Convenio de Varsovia. El texto original fue redactado en francés, el cual es el único autorizado. El Convenio fue adoptado en la II Conferencia Internacional de Derecho Privado Aéreo celebrada en Varsovia del 4 al 12 de octubre de 1929.

2 El artículo 1 del Convenio de Varsovia determina el ámbito de aplicación del mismo. El Convenio, como su mismo nombre lo indica, consiste solo en la unificación de ciertas normas relativas al transporte aéreo internacional. En cuanto a los supuestos en los cuales el Convenio no es aplicable, véase, C. Shawcross, *Shawcross and Beaumont on Air Law* (1966) 3ra ed., p. 334.

3 M. Milde, "The "Warsaw System" of liability in international carriage by air – history, merits and flaws... and the new "non-Warsaw" Convention of 28 May 1999" (1999), p. 2. Notas preparadas para el seminario presentado el 27 de agosto de 1999 en la Universidad Nacional de Singapur (todavía sin publicar).

logrado sus objetivos de muchas maneras y debe considerársele como un gigantesco avance hacia la unificación del transporte aéreo internacional.<sup>4</sup>

En cuanto al régimen de responsabilidad contractual del transportista establecido en el Convenio, puede decirse que éste ha sido otro aspecto muy importante que, al menos en teoría, ha sido unificado. Sin embargo, como se verá luego, tal objetivo no ha sido completamente alcanzado en la práctica, sino por el contrario, el régimen adoptado en el Convenio, y en particular, el inadecuado límite de responsabilidad allí consagrado, ha sido el verdadero centro del problema que por más de setenta años ha llevado consigo el Sistema de Varsovia y que ha traído como consecuencia su cuestionamiento, de suerte que hoy en día puede afirmarse que este ordenamiento jurídico perdió su uniformidad y su eficacia en responder a los nuevos requerimientos del transporte aéreo mundial.

Como se constatará más adelante, muchos han sido los intentos sin éxito de parte de las autoridades aéreas, particularmente de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI),<sup>5</sup> para corregir tales deficiencias. También han habido acciones unilaterales de parte de algunos de los Estados contratantes del Convenio de Varsovia, como también reacciones jurisprudenciales de algunos tribunales norteamericanos principalmente, los que si bien han buscado la obtención de soluciones más justas en la resolución de algunos casos concretos, también es cierto que han provocado mucha incertidumbre jurídica, lo que ha afectado grandemente la uniformidad en la aplicación del derecho.

Otra organización internacional, esta vez no gubernamental, como es el caso de la Asociación de Transporte Aéreo Internacional<sup>6</sup>, ha también tratado de contribuir en este mismo sentido, lo que si bien ha sido un

---

4 M. Milde, "Warsaw System and Limits of Liability –Yet Another Crossroad", vol. XVIII *Annals of Air and Space Law* (1993), pp. 204-207.

5 La Organización de Aviación Civil Internacional OACI (the International Civil Aviation Organization ICAO), fue creada por el Convenio de Aviación Civil Internacional firmado en los Estados Unidos, en la ciudad de Chicago, el 7 de diciembre de 1944.

6 La Asociación de Transporte Aéreo Internacional (The International Air Transport Association IATA), es una organización internacional no gubernamental fundada en 1945 en la Habana, que sustituyó a la antigua Asociación Internacional de Tráfico Aéreo que había sido creada en La Haya en 1919 (International Air Traffic Association). Para obtener más información sobre IATA ver [www.iata.org/history.htm](http://www.iata.org/history.htm)

paliativo en la obtención de resultados prácticos, no puede tampoco considerársele como la solución definitiva al problema.<sup>7</sup>

Finalmente, por iniciativa de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), se firmó en Montreal, el 28 de mayo de 1999, el nuevo Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional.<sup>8</sup>

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de este nuevo Instrumento internacional, con el fin de examinar principalmente la importancia y necesidad para el transporte aéreo mundial de adoptar el nuevo Acuerdo.

Es igualmente un objetivo de este estudio el analizar los distintos instrumentos que integran, o que de alguna manera inciden sobre el ordenamiento jurídico que actualmente regula el transporte aéreo internacional. De esta forma, un detallado análisis del denominado Sistema de Varsovia, así como también de algunas medidas tomadas por IATA y algunos Estados contratantes, deberán ocupar una parte importante del presente trabajo.

También se examinarán las mejoras que el Convenio de Montreal hace al sistema vigente, con el fin de observar hasta que punto éste podría representar una eficiente reunificación del derecho internacional privado aéreo.

Igualmente se analizarán las implicaciones y posibles deficiencias que el nuevo sistema pudiese presentar una vez que entrare en vigor, donde se estudiará con especial atención la norma contenida en el artículo 17(1) del nuevo Convenio, toda vez que éste adoptó de forma idéntica la redacción dada al artículo 17 del Convenio de Varsovia, el cual, como es sabido, ha sido objeto de innumerables problemas de interpretación en las cortes norteamericanas.

Estos son en términos generales los lineamientos fundamentales del presente trabajo. Ahora bien, antes de entrar en la materia del Convenio de Montreal es oportuno, como se indicó anteriormente, desarrollar un análisis completo del sistema vigente, así como de todos los antecedentes que condujeron al nuevo Convenio, lo cual se hará a continuación.

---

7 Véase infra pp. 28-29.

8 Firmada el 28 de Mayo de 1999. OACI Doc. No 9740.

## UN VISTAZO AL SISTEMA DE VARSOVIA

### *La Convención de Varsovia de 1929*

El Convenio de Varsovia de 1929 fue el resultado final alcanzado por la Segunda Conferencia Internacional de Derecho Privado Aéreo celebrada en Varsovia, con base en los trabajos originalmente realizados durante la Primera Conferencia Internacional efectuada en París en el año 1925, y posteriormente finalizados por un Comité creado por dicha Conferencia que se denominó Comité Internacional Técnico de Expertos Jurídicos Aéreos (CITEJA).<sup>9</sup>

Como se observó anteriormente, la principal deficiencia del Convenio, y de todo el Sistema de Varsovia<sup>10</sup>, siempre se ha centrado, desde sus propios inicios, en la inadecuada limitación de responsabilidad contractual del transportista, principalmente en el caso del transporte de

---

9 El Comité International Technique d' Experts Juridiques Aériens fue sustituido por el Comité Jurídico de la OACI el 4 de abril de 1947 con la entrada en vigor del Convenio de Chicago de 1944 relativo a la aviación civil internacional. Véase C. Shawcross, *Shawcross and Beaumont on Air Law* (1977) 4ª ed., p. 338; y N. Matte, *Traite de Droit Aérien-Aeronautique* (1981) 3rd ed., p. 378. Para obtener un análisis detallado en cuanto a los antecedentes que dieron origen al Convenio de Varsovia, véase M. Milde, *The problems of liabilities in international carriage by air* (1963), P. 19.

10 Por sistema de Varsovia debe entenderse fundamentalmente una serie de instrumentos internacionales que de alguna forma han modificado o complementado el Convenio de Varsovia de 1929. Entre ellos cabe destacar el Protocolo que modifica el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, realizado en La Haya el 28 de octubre de 1955; el Convenio complementario del Convenio de Varsovia, para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional realizado por quien no es el transportista contractual, firmado el 28 de septiembre de 1961 en Guadalajara; el Protocolo que modifica el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, modificado por el Protocolo de la Haya el 28 de septiembre de 1955, firmado en la Ciudad de Guatemala el 8 de marzo de 1971; los Protocolos Adicionales números 1, 2 y 3 firmados el 25 de septiembre en Montreal, que modifican el Convenio de Varsovia de 1929, el Convenio de Varsovia modificado por el Protocolo de la Haya de 1955, y el Convenio de Varsovia modificado por el Protocolo de

pasajeros, a una muy baja suma indemnizatoria resarcible en calidad de daños y perjuicios para las víctimas de accidentes aéreos, tal y como está previsto en el artículo 22 del mismo Convenio.<sup>11</sup>

Por otra parte, vale la pena mencionar que los daños resarcibles en caso de deterioro o pérdida del equipaje facturado, mercancías o aquellos objetos de los cuales el propio pasajero tiene la custodia, no han sido objeto de mayores controversias, si bien es cierto que han sido también inadecuadamente limitados.<sup>12</sup>

El Convenio de Varsovia adoptó un sistema de responsabilidad contractual basado en la presunción de culpa del transportista, por lo cual se apartó de la regla general que establece que el demandante lleva consigo la carga de la prueba (*actori incumbit probatio*).<sup>13</sup> Así pues la carga de la prueba se desplaza al demandado, quien se presume haber obrado imprudentemente o con negligencia, a menos que éste probase lo contrario de acuerdo con la norma establecida en el artículo 20 del Convenio de Varsovia. Sin embargo hay quienes todavía erróneamente sostienen que el artículo 17 del Convenio establece un sistema de responsabilidad “estricta” (*strict liability*).<sup>14</sup>

---

Guatemala de 1971 respectivamente; y por último, el Protocolo de Montreal número 4, firmado también el 25 de septiembre de 1975, que modifica el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional firmado en Varsovia y modificado por el protocolo de la Haya de 1955, relativo al transporte de mercancías. Otros tratadistas incluyen también dentro de este concepto algunos acuerdos de naturaleza contractual y otras acciones unilaterales como por ejemplo, el Acuerdo de Montreal de 1966 firmado por los Estados Unidos y un número importante de líneas aéreas a nivel mundial.

11 Este artículo establece la cantidad de 125.000 francos Poincaré de 65,5 miligramos de oro con 900 milésimas de fino, como límite de responsabilidad del transportista y por tanto suma compensatoria para las víctimas de accidentes aéreos en las acciones que de acuerdo con las propias normas de este Convenio, relativas al transporte de pasajeros, deban resolverse de conformidad con el mismo.

12 Véase el artículo 22 del Convenio de Varsovia.

13 M. Milde, *The problems of liabilities in international carriage by air* (1963), p. 55.

14 M. Pickelman, “Draft Convention for the unification of certain rules for international carriage by air: the Warsaw Convention revisited for the last time?” en 64 *J. Air L. & Com* (1998), pp. 279-280. El artículo 17 del Convenio de Varsovia no establece un sistema de responsabilidad estricta ni absoluta sino un régimen basado en la presunción de culpa del transportista, la cual es una presunción desvirtuable si el

Se pensó que fijar la carga de la prueba en cabeza del transportista era la solución para evitar los serios inconvenientes que el demandante habría enfrentado si éste hubiese tenido que probar la culpa del porteador en caso de accidente. El sistema de responsabilidad limitada del transportista a su vez, tal y como fue adoptado en el Convenio de Varsovia, fue considerado por algunos como la contrapartida necesaria *quid pro quo* de la inversión de la carga de la prueba, que como antes se explicó, ahora estaría en cabeza del demandado.<sup>15</sup>

Se argumentaba<sup>16</sup> que esta limitación de responsabilidad estaría justificada por diversas razones, entre las cuales cabe destacar las siguientes:

- Por la analogía existente entre el derecho aéreo y el derecho marítimo.
- Como protección para una nueva y económicamente débil industria.
- Como una forma de distribuir mejor los riesgos que son inherentes a la aviación, para que éstos no fuesen solamente soportados por la nueva industria, sino también por el pasajero, toda vez que éste también tendría la posibilidad de asegurar su propio riesgo.
- Porque sin tal limitación el transportador se vería en la imposibilidad de asegurar su responsabilidad adecuadamente.
- Porque este sistema de responsabilidad limitada mantendría la unificación jurídica y contribuiría significativamente a lograr uniformidad en la resolución de conflictos originados en el ámbito de la Convención.
- Finalmente, porque también se pensaba que el fijar un límite a la responsabilidad contractual del transportista promovería en gran medida la resolución extrajudicial de conflictos, reduciendo así el número de litigios ante los tribunales de justicia.

Normalmente la ley provee suficiente compensación por concepto de daños y perjuicios para restaurar la condición de la víctima a la situación

---

demandado pudiese probar que obró con el debido cuidado y diligencia de acuerdo con la norma establecida en el artículo 20 del Convenio de Varsovia, lo que al menos en teoría, lo libraría de responsabilidad.

15 A. Lowenfeld, "The United States and the Warsaw Convention", 80 Harvard Law Review (1967), pp. 497-499; Milde, M., (1999), p. 3, véase supra, nota No. 3, p. 2.

16 Véase H. Drion, Limitation of Liability in International Air Law (1954), pp. 16 -21.



que preexistía al daño sufrido. Está claro que en caso de muerte de la víctima ninguna compensación en derecho podría considerarse como suficiente para reparar el daño causado. Sin embargo, tan baja suma indemnizatoria, establecida como límite máximo de responsabilidad del porteador, tal y como ha sido previsto en el artículo 22 del Convenio de Varsovia para tales casos de accidente en el transporte internacional, parece haber sido la menos adecuada de las soluciones.

Este sistema de responsabilidad limitada adoptado en este Convenio se aparta completamente del principio de justa compensación o *restitutio in integrum*.<sup>17</sup> Con tan bajo límite indemnizatorio está claro que no puede haber proporcionalidad entre la pérdida sufrida por la víctima de un accidente aéreo y la reparación a la cual ésta tiene derecho de acuerdo con el mencionado artículo 22 del Convenio.

Si bien las razones que fundamentaban algunos de los argumentos expuestos a favor del límite de responsabilidad del transportista tenían bastante acogida en los inicios de la aviación, y hasta cierto punto éstos parecían estar justificados, cabe decir que en la práctica demostraron carecer de todo basamento. Hoy en día ni uno solo de estos argumentos puede sustentarse como cierto. Actualmente la aviación es una industria estable. El gran avance de la tecnología ha hecho del avión el medio de transporte más seguro, con el menor índice de accidentes y muertes, por lo que la palabra “riesgo” tiene hoy una connotación muy distinta a la que tenía para 1929. En la actualidad las líneas aéreas están generalmente aseguradas y en la capacidad de responder por cualquier tipo de daños;<sup>18</sup> y el límite de responsabilidad del transportista en el transporte de pasajeros, en vez de haber evitado pleitos judiciales, ha sido por el contrario el verdadero centro de éstos, lo cual ha traído como consecuencia un fraccionamiento del ordenamiento jurídico vigente.

---

17 M. Milde, “The “Warsaw System” of liability in international carriage by air – history, merits and flaws... and the new “non- Warsaw Convention of 28 May 1999 (sin publicar, 1999), p. 4., véase supra p. 2 nota No. 3.

18 M. Milde, “New unification of private international air law – a rebirth of the “Warsaw” system?” *The Korean Journal of Air and Space Law* vol.11 (1999), p. 67.

## EL PROTOCOLO DE LA HAYA DE 1955

Profundo rechazo a tan bajo límite de responsabilidad del transportista en el caso del transporte de pasajeros trajo como consecuencia la enmienda del Convenio de Varsovia en 1955 por medio del Protocolo de La Haya.<sup>19</sup> Aunque este límite de responsabilidad fue duplicado en dicho Protocolo de 125.000 a 250.000 francos, el descontento hacia el sistema de responsabilidad limitada continuó; particularmente en los Estados Unidos, que a pesar de haber participado activamente en la elaboración del referido Protocolo y haberlo firmado, nunca lo ratificó, si bien ahora es parte de éste con arreglo a lo dispuesto en el artículo XVII del Protocolo de Montreal No. 4, relativo al transporte de mercancías y equipajes, el cual sí fue ratificado recientemente por ese país.<sup>20</sup>

El Protocolo de La Haya también hizo algunas modificaciones en la redacción del texto del Convenio de Varsovia con el fin de hacerlo más preciso, pero conservando fundamentalmente el mismo significado.<sup>21</sup>

Otras modificaciones fueron más sustanciales, como es el caso del artículo III(a), el cual reduce a tres los requerimientos relativos al contenido del billete de pasaje, así como también describe la naturaleza probatoria de dicho documento como una presunción, salvo prueba en contrario (*prima facie evidence*), de la celebración y condiciones del contrato de transporte.<sup>22</sup> El mismo artículo, reconociendo la posición jurisprudencial

---

19 Protocolo que modifica el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo Internacional firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929, realizado en La Haya el 28 de Octubre de 1955. OACI Doc. No. 7632.

20 Este Protocolo acaba de entrar en vigencia en 1998 para un número muy reducido de países.

21 Como en el caso del artículo I del Protocolo de La Haya, remplazando los numerales primero y segundo del artículo 1 del Convenio de Varsovia.

22 El billete de pasaje no constituye el contrato en el contrato de transporte de pasajeros, pero éste "hace fe, salvo prueba en contrario," de la celebración y condiciones de dicho contrato, y la ausencia, irregularidad o pérdida del billete no afecta la existencia y validez del contrato de transporte (principio *favor contractus* por el cual se busca preservar la validez del contrato). Aparte del billete de pasaje, forman parte del contrato de transporte de pasajeros, las condiciones de transporte, las condiciones del contrato de transporte y la tarifa aplicable. Para obtener una exposición detallada de los requisitos de los documentos de transporte, y de la naturaleza jurídica del contrato de transporte véase E. Mapelli, *El Contrato de Transporte Aéreo Internacional* (1968) pp. 20-144.

dominante en los Estados Unidos para ese momento, da carácter obligatorio al requisito de notificación al pasajero de la aplicabilidad de las normas del Convenio en lo relativo a la responsabilidad limitada del transportista, condición que de no ser cumplida traería como resultado la no-aplicación de los límites de responsabilidad del artículo 22 del Convenio.<sup>23</sup> Es importante observar que a diferencia del artículo 3 del Convenio de Varsovia, el Artículo III(c) del Protocolo de La Haya, que lo modifica, no hace ninguna referencia en cuanto a la no-aplicación de aquellas normas que excluyen la responsabilidad del transportista en caso de que éste no cumpliera con el requisito arriba señalado; por lo que pareciera que el artículo 21 del Convenio de Varsovia, relativo a la negligencia contributiva del pasajero, debiera aplicarse a favor del porteador a pesar de que éste no cumpliera con dicho requerimiento.

El Protocolo de La Haya también modificó los artículos 4 y 8 del Convenio de Varsovia, referentes a los requisitos del talón de equipaje y de la carta de porte aéreo respectivamente, reduciendo éstos en gran medida, y estableció la posibilidad con relación al primero de ser combinado o incorporado al billete de pasaje.<sup>24</sup>

## **EL CONVENIO DE GUADALAJARA DE 1961**

El Convenio complementario del Convenio de Varsovia para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional realizado por quien no es el transportista contractual<sup>25</sup> se firmó el 18 de septiembre de 1961 en Guadalajara, México, y entró en vigencia en 1964. Así pues el Convenio de Varsovia, tal y como fue enmendado en La Haya, fue luego complementado por esta Convención para llenar el vacío dejado por el primero en cuanto al transporte internacional aéreo que es realizado por una persona distinta del transportista que ha efectuado el contrato de transporte, para así también extender los efectos del Convenio de Varsovia al verdadero porteador o transportista de hecho, quien desde un punto de vista formal, no puede considerársele como parte del contrato de transporte.

---

23 Artículo III(c).

24 Artículo IV y VI del Protocolo de la Haya de 1955.

25 Véase OACI Doc. No 8181.

Es importante observar que de acuerdo con el Convenio de Guadalajara, el demandante, en caso de una acción por daños y perjuicios en relación con el transporte realizado por el transportista de hecho, tiene la opción de interponer la demanda contra éste o contra el transportista contractual, o contra ambos, sea conjunta o separadamente, y cualquiera de estas acciones puede ser intentada, a elección del demandante, tanto en los tribunales competentes conforme al artículo 28 del Convenio de Varsovia, como también ante el juzgado que tenga jurisdicción en el lugar del domicilio del transportista de hecho, o donde éste tenga su explotación principal.<sup>26</sup>

### **EL ACUERDO DE MONTREAL DE 1966**

Por causa de las deficiencias del Convenio de Varsovia los Estados Unidos denunció la Convención en 1965 lo cual condujo al Acuerdo de Montreal de 1966, el cual fue llevado a cabo con arreglo a lo dispuesto en la última parte del artículo 22 numeral primero de la Convención de Varsovia, que establece que por convenio especial las partes, el transportista y el viajero podrán acordar un límite más alto de responsabilidad en el transporte de pasajeros. El término “convenio especial”, utilizado por los redactores de la Convención, claramente denota el carácter excepcional de estos arreglos. Sin embargo, las partes que suscribieron el Acuerdo de Montreal fueron por una parte los Estados Unidos, y por la otra, un número considerable de líneas aéreas, bajo los auspicios de IATA. Ambas partes se pusieron de acuerdo en implementar un sistema de responsabilidad estricta, por medio del cual el transportista se haría totalmente responsable de indemnizar a la víctima en caso de accidente aéreo por la cantidad de 75.000 dólares americanos, o la suma de 58.000 dólares excluyendo costas y otros gastos procedimentales, en todo transporte internacional que tuviese a los Estados Unidos como punto de partida, destino o cualquier punto de contacto o escala convenida con arreglo al billete de transporte. Este límite superior sería entonces aplicable, a menos que de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 del Convenio de Varsovia, que es una norma de aplicación necesaria, el

---

<sup>26</sup> Artículos VII y VIII del Convenio de Guadalajara de 1961.

dolo del transportista fuese probado por el demandante, situación en la cual la responsabilidad del transportista no quedaría sometida a ningún límite.

Con arreglo a lo dispuesto por las leyes estadounidenses,<sup>27</sup> este Acuerdo fue aprobado por la Junta Aeronáutica Civil de los Estados Unidos (The US Civil Aeronautics Board) el 13 de marzo de 1966, fecha en la cual éste se hizo efectivo.<sup>28</sup>

### **JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA Y EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**

Cabe decir que incluso después de haber sido adoptado el Acuerdo de Montreal de 1966, y a pesar del más alto límite de responsabilidad por éste fijado, todavía continuaría el rechazo en los tribunales norteamericanos hacia el sistema de responsabilidad limitada.

Este rechazo se manifestó con toda claridad en la posición tomada por algunos jueces en los Estados Unidos, quienes a la hora de pronunciarse en cada caso particular, hicieron uso de cualquier elemento interpretativo que les permitiese escapar de una aplicación estricta del texto de la Convención, logrando así deshacerse de cualquier disposición que atenuara la responsabilidad del transportista.

La situación antes referida puede observarse en una gran cantidad de decisiones importantes tomadas por dichos tribunales, como por ejemplo en aquellos casos en donde la entrega tardía del billete de pasaje fue considerada equivalente a la no entrega de dicho documento en los términos del artículo 3 numeral segundo del Convenio de Varsovia, impidiendo así que el transportista se beneficiara del límite de responsabilidad.<sup>29</sup> Pero las cortes en los Estados Unidos llegaron todavía

---

27 Artículo 412 de la Ley Federal de Aviación de los Estados Unidos de 1958 (the Federal Aviation Act of 1958).

28 Para obtener una información más completa sobre el Acuerdo de Montreal de 1966 y las causas que lo originaron, véase, L. Kreindler, *Aviation Accident Law* (1974), P. 12A-1.

29 *Warren v. Flying Tiger Lines Inc.*, (1965) 9 *Avi* 17,848; y *Mertens v. Flying Tiger Lines Inc.*, (1965) 9*Avi* 17, 475.

más lejos en sus decisiones al señalar que el artículo 3 del Convenio de Varsovia no solo exigía que el transportista notificara al pasajero que su responsabilidad estaba limitada por la Convención, sino también que tal requerimiento debía ser efectivo, y no sería cumplido cuando dicha notificación fuese inadecuada, como por ejemplo en el caso de haber sido ocultada bajo minúsculas letras en el texto del billete de pasaje, lo que podría dar lugar a la no aplicación del límite de responsabilidad.<sup>30</sup> Sin embargo, de acuerdo con la redacción del artículo 3 del Convenio de Varsovia y el sentido dado a las palabras allí utilizadas, queda claro que el requisito de notificación ahí establecido no tiene carácter obligatorio, toda vez que al ser éste confrontado con la redacción dada a los artículos 4 y 9 del mismo instrumento, relativos a los requisitos del talón de equipaje y la carta de porte aéreo respectivamente, dilucida la intención de los redactores del Convenio, ya que estos últimos sí establecen expresamente el carácter obligatorio del requisito de notificación para tales casos.<sup>31</sup> Ahora bien, es importante observar que el artículo 3 del Convenio de Varsovia fue enmendado por el Protocolo de La Haya de 1955, el cual en su artículo III(b) finalmente estableció que dicha notificación era un requisito obligatorio que de no cumplirse traería como consecuencia la responsabilidad ilimitada del transportista.

Las cortes estadounidenses también encontraron en el artículo 25 del Convenio de Varsovia una vía para escapar del límite de responsabilidad del transportista. Así pues, casos como por ejemplo el derribamiento del vuelo KAL007 de Aerolíneas Coreanas, o la bomba que hizo explotar el avión de Pan Am (vuelo 103), sobre Lockerbie, Escocia, donde un criterio sin base legal fue empleado para establecer el dolo del transportista, representan dos claros ejemplos del rechazo de estas cortes a tan baja limitación de responsabilidad del transportador

---

30 Esta fue la posición acogida por la Corte de Apelación de los Estados Unidos del Segundo Circuito en el caso *Lisi v. Alitalia Linee Aeree Italiane* (1966) 9 *Avi* 18, 374, criterio que fue cambiado por la Corte Suprema de este país en el caso *Chan v. Korean Air Lines* (1989) 21 *Avi* 18, 228. En cuanto a la sentencia en *Lisi v. Alitalia*. Véase B. Reukema, "No New Deal on Liability Limits for International Flights" 8 *Int'l Law* (1984), 983, pp. 992-993.

31 Véase *Ludecke v. Canadian Pacific Air Lines Limited*. 12 *Avi* 17, 191.

aéreo.<sup>32</sup> De esta forma, estas disposiciones relativas a las formalidades del documento de pasaje y el dolo del transportista han sido así interpretadas con miras a dejar a un lado el límite fijado en la Convención en cuanto a la responsabilidad contractual del porteador en el transporte de pasajeros, de manera de llegar así a aquellas decisiones que los jueces han considerado más justas pero cuya justificación o base jurídica parece no estar totalmente fundamentada en la letra del texto de la Convención.

Está claro pues que estas decisiones de los jueces estadounidenses no fueron tomadas con apego a las normas jurídicas de la Convención, sino más bien fueron determinadas por una profunda aversión hacia tan bajo límite indemnizatorio, que no guardaba relación alguna con las condiciones económicas existentes cuando dichas decisiones fueron tomadas, y menos aún con la realidad económica actual.

De esta forma, las referidas cortes evitarían la interpretación literal de ciertas normas de la Convención con el objeto de escapar de los efectos perjudiciales que la aplicación de éstas traería a las víctimas de accidentes aéreos. Pero ni siquiera la no-aplicación del método exegético en la interpretación de tales normas jurídicas, o la utilización de otros métodos de interpretación, como por ejemplo el método histórico, donde a través del análisis de los trabajos preparatorios de la Convención se buscara el verdadero espíritu y propósito de dichas normas, arrojaría los resultados por ellos deseados. La solución estaba más allá de la simple interpretación de las normas de la Convención. Eran las propias bases que sustentan el régimen compensatorio del Convenio de Varsovia las que se estaban debilitando.

El argumento que dio origen a la adopción de un sistema de responsabilidad limitada para el transportista, tal y como fue establecido en el artículo 22 de la Convención de Varsovia, rápidamente perdió su eficacia. La prioridad de los Estados partes del Convenio no era la misma poco después de 1929. Como se explicó anteriormente,<sup>33</sup> para esta fecha

---

32 (1993) *Lloyd's Aviation Law*, vol. 12:14., y (1988) 23 *Avi* 17,715, respectivamente. En estas decisiones las cortes estadounidenses no solo se apartaron del mandato expreso de alguna de las normas del Convenio de Varsovia, sino también del principio general *dolum ex indiciis perspicuis probari convenit*, por el cual el dolo debe ser debidamente probado.

33 Véase *supra*, pp. 7 y 8.

existía una gran preocupación con la nueva industria de la aviación y había una imperiosa necesidad de protegerla de cualquier catástrofe que pudiera poner en peligro su desarrollo. En los inicios de la aviación la posibilidad de que acontecieran desastres aéreos era muy grande, lo cual sería visto como un mal necesario. Con la excepción de los Estados Unidos, la mayoría de las líneas aéreas pertenecían a los diferentes Estados, por lo que el régimen de responsabilidad limitada establecido en la norma del artículo 22 de la Convención de Varsovia iba fundamentalmente en protección de éstos.<sup>34</sup> Ahora bien, a medida que la aviación fue creciendo y se estableció como un negocio estable, y la industria fue privatizándose cada vez más, los Estados dejaron de ser los principales destinatarios de la protección contenida en la norma que consagra la limitación de responsabilidad del transportista (artículo 22 del Convenio de Varsovia), y la protección del usuario o pasajero, pasó a convertirse en la principal preocupación de los Estados partes del Convenio. Así que en cierta forma pudiera argumentarse que algún tiempo después de la adopción del Convenio de Varsovia la norma antes referida perdió definitivamente su espíritu, propósito y razón.

Finalmente se debe mencionar que el artículo 17 del Convenio de Varsovia ha sido también objeto de sentencias controversiales pronunciadas en los Estados Unidos. La redacción de esta norma se ha prestado a diversas interpretaciones, concretamente en lo que se refiere a las palabras “accidente” y “lesión corporal”.

El problema principal que presenta la palabra accidente se centra en el hecho de que ésta no fue definida en el propio texto del Convenio, así pues la referida palabra ha sido interpretada de diversas maneras. La jurisprudencia más autorizada explica que por accidente debe entenderse todo suceso inusual o inesperado a bordo de un avión, que siendo un hecho externo al pasajero, sea la causa efectiva del daño a éste ocasionado, por lo que si el hecho que produce el daño es el resultado exclusivo del estado de salud de dicho pasajero, este hecho no cumpliría con las exigencias de la definición y por lo tanto no se consideraría como un

---

34 M. Milde, “Warsaw requiem or unfinished symphony? (from Warsaw to the Hague, Guatemala City, Montreal, Kuala Lumpur and to...?)” En *The Lloyd’s Aviation Quarterly* (1996), p. 37.



accidente en los términos del artículo 17 del Convenio de Varsovia.<sup>35</sup> Lo que indica que debe existir un vínculo de causalidad entre el hecho inusual sucedido a bordo del avión y el daño o lesión sufrida por el pasajero.<sup>36</sup>

Otro aspecto importante de hacer notar con relación a la palabra accidente es el hecho de que el sentido ordinario que se le atribuye a esta palabra puede dar lugar a dos significados contrapuestos. Tal y como lo explica la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Air France v. Sacks*,<sup>37</sup> la palabra accidente puede hacer referencia por una parte a la causa del daño que ha sufrido el pasajero, y por la otra puede significar el hecho mismo del daño que ha acontecido. De manera pues que sin lugar a dudas esta palabra no parece ser la solución más adecuada para expresar el sentido que con ella se quiere representar en el artículo 17 del Convenio de Varsovia, que como bien lo afirma la Corte en el caso antes mencionado, se refiere a la causa y nunca al efecto.

En cuanto a las palabras “lesión corporal”, también en el texto del artículo 17 del Convenio de Varsovia, cabe decir que igualmente éstas han sido objeto de gran controversia en los tribunales norteamericanos. El problema se ha enfocado en el hecho de determinar si dentro del alcance general de estas palabras quedaría también incluido el daño moral.

Se pensó que la respuesta se encontraría en el texto original del Convenio de Varsovia, redactado únicamente en francés, aduciéndose que las palabras *lésion corporelle*, allí utilizadas, comprendían no solo el daño puramente material y físico sino también moral, y que el término

---

35 *DeMarines v. KLM Royal Dutch Airlines* (1977) 14 Avi 18, 212; *Air France v. Sacks* (1985) 18 Avi 18, 538.

36 *McDonald v. Air Canada* (1971) 11 Avi 18, 029. Esta decisión interpreta a cabalidad la norma del artículo 22 del Convenio de Varsovia cuando ésta claramente establece que el transportista es responsable “lorsque l’accident qui a causé le dommage” tiene lugar a bordo de la aeronave o durante el embarque o desembarque de pasajeros, por lo que la norma referida estipula expresamente que el accidente ha de ser la causa del daño.

*bodily injury* empleado en la traducción hecha al idioma inglés, la cual carece de toda autoridad, parecía solo hacer alusión al daño físico, y por tanto representaba un concepto jurídico restringido que no se ajustaba fielmente al texto original. Así pues se sostuvo que de acuerdo con la interpretación del texto original en francés, como también la historia de los trabajos preparatorios del Convenio de Varsovia, este instrumento sí admitía la interposición de una acción legal que permitiera el resarcimiento de daños morales aun cuando éstos no estuviesen acompañados de un daño o lesión física.<sup>38</sup>

Posteriormente la Corte Suprema de los Estados Unidos cambió este criterio y decidió que el sufrimiento moral por sí solo no daría lugar al resarcimiento de daños y perjuicios,<sup>39</sup> y aunque la Corte no se pronunció con respecto al sufrimiento moral que viene acompañado de alguna lesión o daño físico, o manifestaciones de éste, por *contrarius sensu* y con fundamento en otras decisiones, este supuesto sí parece ser compensable.<sup>40</sup>

Vale la pena recordar que la nueva Convención de Montreal de 1999, en su artículo 17 numeral primero, mantuvo esencialmente la misma redacción del artículo 17 del Convenio de Varsovia, por lo que es fácil inferir que similares dificultades interpretativas ocurrirán en la aplicación de esta nueva norma; situación que será analizada en mayor detalle más adelante.

Por otra parte se consideró que el Convenio de Varsovia no consagraba una acción independiente que con base en su artículo 25, referente al dolo o culpa grave del transportista, concediera al demandante

---

37 (1985) 18 Avi 18, 538.

38 *Husserl v. Swiss Air Transport Co.*, (1975) 13 Avi 17,603; *Floyd v. Eastern Airlines, INC.*, (1989) 21 Avi 18, 401.

39 *Eastern Airlines, INC., v. Floyd* (1991) 23 Avi 17, 367 y 17,811.

40 Véase *Burnett v. Trans world Airlines, INC.*, (1973) 12 Avi 18, 405.

el derecho de reclamar daños “punitivos”,<sup>41</sup> y que los únicos daños resarcibles eran aquellos de carácter compensatorio.<sup>42</sup>

Finalmente puede afirmarse en este sentido que el Convenio de Varsovia no consagra en general una acción por daños y perjuicios independiente y alterna al derecho local; lo que quiere decir que este último debe dar paso al Convenio como única vía de compensación cuando éste sea aplicable. Sin embargo, debe señalarse que es el derecho local el que va a determinar los elementos o daños a ser compensados, siempre y cuando éstos se sujeten a las condiciones y normas del Convenio,<sup>43</sup> por lo que puede afirmarse que los daños “punitivos” no son compensables porque no se ajustan a los términos del artículo 17, que solo hace responsable al transportista por “el daño ocasionado en caso de muerte, herida o cualquier otra lesión corporal” que sufra el pasajero.<sup>44</sup>

---

41 Este tipo de daño es poco conocido en aquellos países cuyos sistemas jurídicos tienen su origen en el derecho romano, jurisdicciones denominadas de ley escrita (civil law systems). Aunque en estos sistemas sí existe en materia contractual lo que se denomina “cláusula penal”, que se pacta de manera expresa en determinado tipo de contratos y da derecho al cobro de un tipo de daños que no son de naturaleza compensatoria, esta penalidad difiere de lo que se conoce en otros ordenamientos jurídicos como punitive damages. Estos últimos, se refieren a una noción creada en aquellos sistemas en los que la mayoría de sus normas tienen como fuente a la jurisprudencia, conocidos como de derecho consuetudinario (common law jurisdictions). En estos sistemas, aparte de los daños compensatorios, pueden también ser otorgados al demandado en determinadas circunstancias otro tipo de daños denominados “punitivos o punitorios”, cuando queda comprobado que el demandado ha obrado con dolo o culpa grave (inexcusable), con el fin de sancionar este tipo de conducta. Debe mencionarse que este tipo de daños no es generalmente concedido en caso de incumplimiento de contrato. Si se sigue la misma línea de pensamiento interpretativo que la Corte de Apelación de los Estados Unidos del Circuito Onceavo adoptó para decidir el caso *Floyd v. Eastern Airlines, INC.*, supra., nota número 38., se puede notar que de acudir a los trabajos preparatorios y al texto original de la Convención, y por último al derecho francés, que es un sistema del civil law, quedaría aún más claro el hecho de que estos daños punitivos no pudieron haber sido concebidos por los redactores del Convenio de Varsovia.

42 *Floyd v. Eastern Airlines, INC.*, (1989) 21 Avi 18, 401.

43 Véase el artículo 24 del Convenio de Varsovia.

44 El artículo 17 del texto original en francés del Convenio de Varsovia dice literalmente: *“Le Transporteur est responsable du dommage survenu en cas de mort, de blessure ou de tout autre lésion corporelle subie par un voyageur lorsque l’accident qui a*

## EL PROTOCOLO DE LA CIUDAD DE GUATEMALA DE 1971

El Protocolo de la Ciudad de Guatemala,<sup>45</sup> firmado en esta ciudad el 8 de marzo de 1971 modificó el Convenio de Varsovia tal y como éste había sido ya modificado por el Protocolo de La Haya de 1955. Este Protocolo, aunque no ha entrado ni entrará en vigencia, significó el primer gran esfuerzo por modernizar el sistema de responsabilidad del transportista y obtener una indemnización más justa y equitativa para las víctimas o sus familiares en caso de accidentes aéreos. Como se verá más adelante, muchas de las soluciones hoy en día adoptadas en la nueva Convención de Montreal de 1999 tienen su origen en el mencionado instrumento internacional.

El Protocolo de la Ciudad de Guatemala buscó hacer modificaciones profundas y necesarias al sistema, con el fin de actualizar esencialmente el régimen compensatorio en el transporte de pasajeros. Así, éste incrementó considerablemente la suma indemnizatoria o límite de responsabilidad del transportista de la cantidad de 250.000 francos, tal y como fue establecida en el Protocolo de La Haya de 1955, a la cantidad de 1.500.000 francos como límite fijo e inquebrantable.<sup>46</sup> El nuevo sistema de responsabilidad aquí propuesto se apartaría entonces del régimen anterior, basado en la presunción de culpa del transportista,<sup>47</sup> para establecer un sistema de responsabilidad objetiva,<sup>48</sup> con prescindencia

---

*causé le dommage s'est produit a bord de l'aéronef ou au cours de toutes opérations d'embarquement et de débarquement"* (comillas añadidas).

45 OACI Doc. No. 8932.

46 Artículo VIII del Protocolo de Guatemala de 1971 que modifica el artículo 22 del Convenio de Varsovia.

47 Artículo 17 del Convenio de Varsovia.

48 Es oportuno observar que se ha mantenido que existe una distinción entre los términos: responsabilidad estricta y responsabilidad absoluta. Se sostiene que el segundo término se utiliza cuando el demandado no solo no le es reconocido ningún tipo de defensa que pueda librarlo de responsabilidad, sino que éste tampoco tiene la posibilidad de ser exonerado, ni siquiera en el caso de la concurrencia de culpa de la víctima. Es conveniente aclarar que en el Protocolo de Guatemala se establece un sistema de strict liability y no de absolute liability (artículo IV del Protocolo de Guatemala que modifica el artículo 17 del Convenio de Varsovia).

49 Artículo IV del Protocolo de Guatemala de 1971.

del concepto de culpa, y que tendría su origen en el solo acaecimiento de un accidente que hubiere ocurrido a bordo de la aeronave, o en las operaciones de embarque o desembarque, y que hubiere causado la muerte o lesión del pasajero.<sup>49</sup> Así, el demandado no contaría más con la defensa del artículo 20 del Convenio de Varsovia,<sup>50</sup> pero por otra parte su responsabilidad quedaría siempre limitada a la suma antes referida incluso en caso de dolo o culpa lata.<sup>51</sup>

Otra de las modificaciones propuestas en el Protocolo de Guatemala fue el uso de las palabras “personal injury” por *bodily injury* y “hecho” por “accidente” modificando así el artículo 17 del Convenio de Varsovia.<sup>52</sup>

Es conveniente destacar que en la versión del Protocolo en español se mantuvo la misma palabra “lesión corporal”. Asimismo la versión francesa también retuvo el mismo término “lésion corporelle” ya utilizado en el Convenio de Varsovia.

Es indiscutible que el uso del término lesión personal –que representa un concepto jurídico de mayor amplitud en el idioma español que aquél de lesión corporal, toda vez que el primero no deja dudas en cuanto a la inclusión del daño moral como elemento compensable en

---

50 Ibidem., artículo VI.

51 Ibidem., artículo X. Conforme al presente artículo, el régimen de responsabilidad del transportista en el transporte de pasajeros, tal como fue modificado por este Protocolo, se apartaría del principio *dolus nemini patrocinentur*, ya que el transportista que hubiere incurrido en dolo o culpa inexcusable podría verse beneficiado por esta limitación inalterable de responsabilidad no obstante haber obrado de mala fe, toda vez que el artículo 25 del Convenio de Varsovia, tal y como fue reformado en Guatemala, solo hace referencia al numeral 2 del artículo 22 relativo al transporte de mercancías. De esta forma, este régimen compensatorio establecido en el Protocolo de Guatemala también ha sido objeto de algunas críticas; para más detalle véase L. Kreindler, *Aviation Accident Law* (1974), p. 12B-3. También véase B.Cheng, “A new-look Warsaw Convention on the eve of the twenty-first century” *XXII Annals of Air and Space Law* (1997), p. 47.

52 Artículo IV del Protocolo de Guatemala de 1971. Conviene señalar que las palabras *personal injury* ya habían sido utilizadas en el artículo III(a) del Protocolo de La Haya, en el contexto de los requisitos del ticket de pasaje, pero obviamente esto no tuvo ninguna incidencia en lo que respecta al artículo 17 del Convenio de Varsovia toda vez que éste no fuere modificado por dicho Protocolo.

53 La palabra “hecho” empleada en el artículo IV del Protocolo de Guatemala en su

juicio— era el término que más se ajustaba a la intención de los redactores del Protocolo en cuestión y que correspondía más adecuadamente al término por ellos empleado en el idioma inglés.

El concepto de personal injury adoptado en la versión inglesa del Protocolo de Guatemala representaba sin lugar a dudas la salida más adecuada para poner fin a tantas interpretaciones jurisprudenciales contradictorias en la aplicación del artículo 17 del Convenio de Varsovia y lograr así decisiones más justas al resolver casos concretos.

Con referencia a la palabra “hecho”<sup>53</sup> en sustitución de accidente, se debe notar que con la utilización de la primera, aunque éste sea un término de mayor alcance, se buscó redefinir la responsabilidad del transportista para solo aquellos sucesos que estuvieren más directamente relacionados con el transporte aéreo, toda vez que se incluyó una frase en la parte final del numeral primero del referido artículo 17, que excluía la responsabilidad del transportista si la muerte o lesión del pasajero derivaba únicamente de su estado de salud.<sup>54</sup>

El Protocolo de Guatemala también modificó el artículo 21 del Convenio de Varsovia<sup>55</sup> de forma tal que las cortes se vieran en la

versión en español corresponde a las palabras fait y event en las versiones francesa e inglesa de dicho instrumento respectivamente, que también ofrecen en estos idiomas un significado más claro y exacto que la palabra accident utilizada en el texto original del Convenio de Varsovia. Vale la pena mencionar que la palabra “hecho” a diferencia de la palabra “accidente” hace alusión generalmente a la causa del daño sufrido por el pasajero, que es el sentido que se quiere transmitir en el artículo 17 del Convenio de Varsovia, y no a la lesión o muerte de éste en sí misma.

54 Artículo IV del Protocolo de Guatemala de 1971. Es conveniente notar que aunque el Protocolo de Guatemala nunca entró en vigor, la solución aquí propuesta fue posteriormente adoptada en varias decisiones importantes ante algunas cortes estadounidenses, como en el caso DeMarines v. KLM Royal Dutch Airlines ante la Corte del Distrito Este de Pennsylvania de los Estados Unidos, que es uno de los casos de mayor relevancia en cuanto a la definición de la palabra accident en los términos del artículo 17 del Convenio de Varsovia: “The event or occurrence is not an accident if it results solely from the state of health of the passenger and is unconnected with the flight...” En este mismo sentido véase Warshaw v. TWA, 14 Avi 18, 297.

55 El artículo 21 del Convenio de Varsovia deja a la discrecionalidad de las cortes, de conformidad con sus propias normas (lex fori), la determinación en cuanto a liberar o atenuar la responsabilidad del transportista que probare que la persona lesionada fue la causante, o contribuyó a la consecución del daño.

56 Artículo VII del Protocolo de Guatemala. Este artículo consagra una norma similar

obligación de exonerar total o parcialmente al transportista cuando éste probare en juicio que el demandante (el viajero lesionado), o el pasajero que pereció en el accidente y de quien el demandante adquirió el derecho de interponer la demanda, fue el causante del daño, o contribuyó al mismo, en la medida en que este último hubiere participado a ello.<sup>56</sup>

Asimismo el referido Protocolo buscó modernizar los documentos de transporte así como también simplificar sus requisitos.<sup>57</sup>

Tomando en consideración los conflictos interpretativos que para la jurisprudencia trajo el artículo 3 del Convenio de Varsovia, el Protocolo eliminó entre otros el requerimiento de notificación al pasajero de la posible aplicación del Convenio de Varsovia y de sus respectivas limitaciones a la responsabilidad del transportista.<sup>58</sup>

Igualmente se insertó un nuevo numeral en el artículo 28 del Convenio de Varsovia para incluir también como órgano competente para conocer de la demanda al tribunal con jurisdicción en el lugar de la residencia principal o del domicilio del pasajero, siempre que el transportista tuviere allí algún establecimiento, con lo que se amplió así la jurisdicción competente para conocer de las acciones a que hubiere lugar en los casos del transporte de pasajeros y equipajes.<sup>59</sup>

El Protocolo concedió para beneficio de los Estados Unidos, quienes abogaban por un sistema de responsabilidad ilimitada, la posibilidad de establecer un fondo de compensación complementario, sujeto a determinadas condiciones, para los pasajeros víctimas de accidentes aéreos o sus familiares, en caso de muerte de aquellos.<sup>60</sup>

---

56 Artículo VII del Protocolo de Guatemala. Este artículo consagra una norma similar a la contenida en el artículo 20 del nuevo Convenio de Montreal de 1999.

57 M. Milde, "Warsaw requiem or unfinished symphony?" *The Lloyd's Aviation Quarterly* (1996), p. 38.

58 Artículo II del Protocolo de Guatemala elimina la letra c) del artículo 3 del Convenio de Varsovia enmendado en La Haya en 1955.

59 Artículo XII del Protocolo de Guatemala. Esta disposición es el origen de la norma contenida en el artículo 33 del nuevo Convenio de Montreal de 1999 que consagró lo que se ha denominado como la quinta jurisdicción.

60 Artículo XIV del Protocolo de Guatemala que crea el nuevo artículo 35A del Convenio de Varsovia enmendado en La Haya en 1955.

Además el referido Protocolo en su artículo XV crea el artículo 42 del Convenio de Varsovia modificado en La Haya, en el que establece el ajuste o revisión periódica de la suma del límite compensatorio.<sup>61</sup>

Finalmente es importante destacar que el artículo XX del Protocolo de Guatemala propuso una fórmula que fue diseñada de forma tal que permitiera asegurar que éste no entrara en vigor sin la ratificación de los Estados Unidos, condición que entre otras razones impidió la entrada en vigencia de este instrumento internacional.<sup>62</sup>

### **LOS PROTOCOLOS ADICIONALES DE MONTREAL DE 1975**

Los Protocolos Adicionales números 1, 2 y 3 firmados en la Conferencia realizada en Montreal en 1975 dieron como resultado la introducción de un nuevo criterio valorativo, distinto del patrón oro, para calcular la indemnización a la que se refiere el artículo 22 del Convenio de Varsovia, que incluye no solo lo relativo al transporte de pasajeros sino también los límites fijados en cuanto al transporte de equipajes y mercancías. De esta forma se consideró que los Derechos Especiales de Giro (DEG) del Fondo Monetario Internacional (FMI) representaban un método de valorización más seguro y estable para determinar dichas sumas indemnizatorias.<sup>63</sup> Así, el Protocolo Adicional No.1 modificó el límite de

---

61 Se establece la revisión del límite indemnizatorio fijado en el artículo VIII del Protocolo de Guatemala que reforma el artículo 22 del Convenio de Varsovia modificado en La Haya en 1955. Esta norma sirvió de base para el sistema de revisión de los límites establecidos en el nuevo Convenio de Montreal de 1999 acogido en el artículo 24 de dicha convención internacional.

62 Esto se debió al hecho de que los Estados Unidos si bien era el único país que demandaba una modificación profunda e inmediata del sistema, también era el único Estado que de no ratificar el Protocolo no se cumpliría con la condición establecida en el artículo XX del mismo, debido al dominio de este país en el transporte aéreo mundial. Se dice que el Protocolo de Guatemala fue un compromiso asumido por el resto del mundo para con los Estados Unidos. Véase M. Milde, "Warsaw requiem or unfinished symphony?" *The Lloyd's Aviation Quarterly* (1996), p. 39.

63 Los DEG representan una unidad o divisa artificial creada en 1974 por el FMI que consiste en el valor promedio de las seis monedas principales en el mundo, como lo son: El marco alemán, el yen japonés, la libra esterlina, el franco francés, el franco suizo y el dólar de los Estados Unidos. Estos DEG han reemplazado al oro como patrón de valor, ya que este último no es más un criterio confiable, toda vez



responsabilidad del transportista establecido en el artículo 22 del Convenio de Varsovia para el transporte de pasajeros de la cantidad 125.000 mil francos a la suma de 8.300 DEG.<sup>64</sup>

El Protocolo Adicional No.2 hizo lo mismo pero con relación al Convenio de Varsovia modificado en La Haya en 1955, y por tanto reemplazó la cantidad de 250.000 francos allí establecida por la suma de 16.600 DEG.<sup>65</sup>

El Protocolo Adicional No.3 llevó a cabo la misma enmienda pero esta vez con respecto al Convenio de Varsovia modificado en La Haya en 1955 y en Guatemala en 1971, de manera que reemplazó la cantidad de 1.500.000 francos establecida en esta última reforma, por la suma de 100.000 DEG.<sup>66</sup>

La referida Conferencia también adoptó un cuarto Protocolo relativo al transporte de equipajes y mercancías,<sup>67</sup> el cual buscó modernizar el sistema, entre otras cosas, simplificando los requerimientos de la carta de porte aéreo, así como también introduciendo un régimen de responsabilidad estricta para el transporte de mercancías, ya que elimina la posibilidad de que el transportista utilice la defensa establecida en el artículo 20 del Convenio de Varsovia.<sup>68</sup>

---

que está sujeto, como cualquier otro bien, a fluctuar en el mercado de acuerdo con la ley de oferta y demanda, motivo por el cual el oro fue separado del dinero y no es más utilizado para representar el valor de las divisas.

64 Artículo II del Protocolo Adicional No.1. OACI Doc. 9145. El Protocolo entró en vigor el 15 de febrero de 1996.

65 Artículo II del Protocolo Adicional No. 2. OACI Doc. 9146. El Protocolo está en vigencia desde el 15 de febrero de 1996.

66 Artículo II del Protocolo Adicional No. 3. OACI Doc. 9147. Este instrumento también trajo una modificación de forma en cuanto a que simplificó el complicado método acogido por el Protocolo de Guatemala para su entrada en vigencia y estableció en este sentido la sola ratificación del Protocolo por treinta Estados cualquiera (artículo VIII). Sin embargo éste no ha entrado aún en vigencia. Es oportuno mencionar que la ratificación de este Protocolo por un Estado que no sea parte del Convenio de Varsovia, o de éste tal y como fue modificado en La Haya, o en Guatemala, tendría el mismo efecto que una adhesión al Convenio de Varsovia, modificado en La Haya, 1955, en Guatemala, 1971, y por el Protocolo Adicional No.3 de Montreal, 1975.

67 Protocolo de Montreal No.4. OACI Doc. 9148. El Protocolo entró en vigencia el 14 de junio de 1998.

68 Artículo V del Protocolo de Montreal No.4 que modifica al artículo 20 del Convenio de Varsovia.

Finalmente es conveniente destacar que la ratificación de este Protocolo por cualquier Estado que no sea parte del Convenio de Varsovia, ni del Convenio de Varsovia modificado por el Protocolo de La Haya produciría el mismo efecto de una adhesión al referido Convenio modificado en La Haya en 1955 y por el Protocolo de Montreal Nº 4 de 1975.<sup>69</sup>

### **MEDIDAS TOMADAS POR IATA Y ALGUNOS ESTADOS PARTES DEL SISTEMA DE VARSOVIA**

Algunos Estados partes del Sistema de Varsovia procedieron a hacer los ajustes que consideraron pertinentes para actualizar el quantum del límite de responsabilidad del transportista, en aplicación del mismo mecanismo legal ya utilizado con anterioridad como fundamento para la adopción del Acuerdo de Montreal de 1966, a saber, la parte final del numeral primero del artículo 22 del Convenio de Varsovia. Esta disposición permite a las partes del contrato de transporte, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad de éstas, pactar a través de un convenio especial una suma superior al límite de responsabilidad establecido en la norma del artículo antes referido.

Es evidente que esta cláusula especial a la que hace alusión la norma anterior fue concebida fundamentalmente para ser empleada por las partes contratantes, a saber, el transportista(s) y el viajero(s), con carácter excepcional. Sin embargo, ni la redacción ni el sentido que encierra esta norma fueron vistos como un obstáculo para que ciertos Estados también fijaran de forma unilateral sumas muy superiores al límite de responsabilidad establecido en el mismo artículo 22 del Convenio, incluso sin el previo consentimiento de las aerolíneas afectadas. Tal fue el caso de Italia que adoptó en 1988 una ley que fijó el límite de responsabilidad del transportista en la suma de 100.000 DEG, que no solo es aplicable para las aerolíneas italianas que vuelen para cualquier parte del mundo, sino también para los transportistas extranjeros que vuelen desde, para o vía territorio italiano.<sup>70</sup> Esta ley italiana decretada

---

69 Ibidem. Artículo VIII.

70 Ley No. 274 del 7 de julio de 1988.

en 1988 representa una violación a la letra del artículo 22 del Convenio de Varsovia, así como a la Convención de Viena de 1969.<sup>71</sup>

En este sentido, hay quienes consideran que los Estados Unidos tendría la posibilidad de solucionar el problema de los límites de responsabilidad del artículo 22 del Convenio de Varsovia a través de una simple enmienda a la Ley Federal de Aviación de 1958 (Federal Aviation Act), estableciendo la inaplicabilidad de estos en el territorio estadounidense.<sup>72</sup> Este argumento se basa en el hecho de que la Convención de Varsovia es un convenio de derecho privado y no de derecho público.<sup>73</sup> Sin embargo es de notar que esta salida unilateral por parte de un Estado contratante del Convenio de Varsovia, como los Estados Unidos, sería una escapatoria arbitraria e inaceptable que, como en el caso de Italia y la Ley de 1988, iría en contra del principio *pacta sunt servanda* y el principio de buena fe que debe regir en el cumplimiento de los compromisos internacionales suscritos entre Estados, en conformidad con la Convención de Viena de 1969,<sup>74</sup> la cual no autoriza el desacato de estos Convenios solo porque sean de derecho privado.<sup>75</sup> Más aún, esta salida unilateral, en el caso de los Estados Unidos, también atentaría contra su propio ordenamiento jurídico nacional y la preponderancia otorgada por éste a la aplicación de los tratados internacionales, sean estos de naturaleza pública o privada. Así que la ratificación de la Convención de Varsovia por parte de este país le compromete al cumplimiento de sus obligaciones no solo desde el punto de vista del derecho internacional sino también desde la perspectiva de su propio sistema interno.

---

71 Convención relativa a los tratados internacionales firmada en Viena el 23 de mayo de 1969, y que entró en vigencia el 27 de enero de 1980.

72 *The Japanese initiative: absolute unlimited liability in international air travel* 60 J. Air L. & Com. (1995), p. 826, exposición realizada por G. Tompkins, foro presidido por J. Asselta, y L. Kreindler.

73 *Ibidem*.

74 Artículo 26 de la Convención de Viena de 1969.

75 *Ibidem*., artículo 2, no discrimina entre tratados de derecho público o privado. Los artículos 1 y 3 del mismo Tratado señalan que éste es aplicable a los convenios que como la Convención de Varsovia han sido concluidos entre Estados de la comunidad internacional, por lo que el artículo 26 de la Convención de Viena goza de plena autoridad sobre los Estados partes del Convenio de Varsovia.

## LA SOLUCIÓN JAPONESA

Por iniciativa de los transportistas japoneses, se pactó, en conformidad con la norma del artículo 22 del Convenio de Varsovia y con la aprobación del gobierno japonés, un nuevo sistema de responsabilidad contractual a través de la modificación de las condiciones de transporte que rigen a las aerolíneas japonesas, el cual fue implementado a partir del 20 de noviembre de 1992.<sup>76</sup>

Esta iniciativa japonesa para modernizar el régimen compensatorio del sistema vigente, actualizando el quantum del límite de responsabilidad del transportista para el transporte de pasajeros, ha tenido bastante aceptación internacionalmente y ha sido el modelo fundamental a seguir por todos los intentos posteriores que han buscado una solución al problema, incluyendo el nuevo Convenio de Montreal de 1999. De esta manera, no se puede enfatizar suficientemente la importancia y el papel que ha desempeñado esta proposición japonesa en la creación de un nuevo régimen compensatorio adecuado para el derecho internacional privado aéreo.

La iniciativa japonesa consiste en un régimen dividido en dos niveles distintos de indemnización:

1-Un sistema de responsabilidad estricta hasta la suma de 100.000 DEG por pasajero en caso de lesión o muerte por causa de un accidente aéreo conforme al artículo 17 del Convenio de Varsovia. En este primer escaño el transportista solo podría, de acuerdo con la ley del foro, quedar exonerado o su responsabilidad atenuada, en aplicación del artículo 21 del Convenio de Varsovia, con respecto al pasajero que hubiese causado o contribuido a la producción del daño, siempre que el transportista probare esta circunstancia.

2-El segundo nivel corresponde a aquellas demandas que sobrepasen el límite de 100.000 DEG, para las cuales la responsabilidad del transportista sería ilimitada. En este caso la responsabilidad estaría basada en el concepto de culpa, aunque con inversión de la carga

---

76 (1992) Lloyd's Aviation Law, vol. 11:22. Esta postura asumida por las aerolíneas japonesas es comúnmente denominada "la iniciativa japonesa".

probatoria, por lo que sería el porteador quien tendría que demostrar, de acuerdo con la defensa consagrada en el artículo 20 del Convenio de Varsovia, que él y sus comisionados se condujeron con extrema diligencia y tomaron todas las medidas necesarias para evitar el daño, o se vieron en la imposibilidad de tomarlas.

Esta salida a tan trillado problema trajo también como resultado positivo la eliminación de otros inconvenientes que están directamente relacionados al bajo límite de responsabilidad, como lo son las formalidades de los documentos de transporte conforme al artículo 3 del Convenio de Varsovia, agravadas por las modificaciones realizadas en la Haya en 1955, así como también el artículo 25 del mismo Convenio en cuanto al dolo del transportista, asuntos estos que perderían toda relevancia si el pasajero vuela en una línea aérea japonesa.<sup>77</sup>

La solución propuesta en la iniciativa japonesa fue fundamentalmente la posición tomada por la Unión Europea de acuerdo con los términos de la regulación del Consejo de fecha 9 de octubre de 1997 en lo relativo a la responsabilidad del transportista aéreo, la cual cobró eficacia un año después de su publicación en la gaceta oficial de la Unión, el 17 de octubre de 1998.<sup>78</sup>

## **LAS MEDIDAS TOMADAS POR IATA**

En términos generales se puede afirmar que la solución presentada en la iniciativa japonesa fue puesta en marcha a escala mundial a través de los Acuerdos de IATA entre transportistas sobre la responsabilidad en el transporte de pasajeros, por la vía del “convenio especial” a que se refiere la parte final del numeral primero del artículo 22 de la Convención de Varsovia.<sup>79</sup>

---

77 “The Japanese initiative: Absolute unlimited liability in international air travel” 60 J. Air L. & Com. (1995), p. 823 (exposición realizada por G. Tompkins).

78 Regulación del Consejo Europeo No.2027/97 del 9 de octubre de 1997. M. Milde, “New unification of private international air law” en *The Korean Journal of Air and Space Law* (1999) vol. 11, p. 71.

79 IATA Intercarrier Agreement on Passenger Liability (IIA) del 31 de octubre de 1995 (IATA Annual General Meeting en Kuala Lumpur) [www.iata.org/legal/passenger-liability.htm](http://www.iata.org/legal/passenger-liability.htm) ; Agreement on Measures to Implement the IATA Intercarrier Agreement (MIA). [www.iata.org/legal/agreement.htm](http://www.iata.org/legal/agreement.htm)

El primer acuerdo, adoptado en Kuala Lumpur el 31 de octubre de 1995, estableció el compromiso necesario entre las aerolíneas para renunciar al límite fijado en el artículo 22 del Convenio de Varsovia en cuanto a los daños compensatorios resarcibles. También consagró la posibilidad por parte de las mismas aerolíneas de renunciar a cualquier defensa hasta una suma determinada con lo cual se sentaron las bases para poder establecer posteriormente un sistema de responsabilidad estricta hasta cierto límite compensatorio. Finalmente se creó el compromiso necesario para implementar el Acuerdo en un plazo determinado,<sup>80</sup> lo que dio origen a la adopción de un segundo acuerdo para la implementación del primero, el cual se firmó en 1996.<sup>81</sup> Este último establece con mayor precisión las medidas concretas a ser adoptadas, las cuales reflejan considerablemente la solución propuesta en la iniciativa japonesa, y deberán ser incorporadas por las líneas aéreas en sus condiciones de transporte y tarifas.

Si bien es cierto que este Acuerdo de IATA, que entró en vigencia en 1997 para un gran número de transportistas a escala mundial, representa hasta cierto punto una salida temporalmente satisfactoria, también se considera que este arreglo no podría dar una solución definitiva al problema, toda vez que éste tendría siempre que someterse a otras normas del Convenio de Varsovia que son de aplicación necesaria.<sup>82</sup> Solamente un nuevo instrumento, consolidado y con fuerza obligatoria, como la nueva Convención de Montreal de 1999, podría ofrecer el ordenamiento jurídico necesario para lograr la tan ansiada reunificación de las normas de derecho internacional privado aéreo.

### **EL CONVENIO DE MONTREAL DE 1999: HACIA LA REUNIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO AÉREO**

Actualmente, después de los correctivos contractuales puestos en marcha en el ámbito internacional a través del Acuerdo de IATA entre

---

80 IATA Inter-carrier Agreement on Passenger Liability (IIA), parágrafo No 5.

81 Agreement on Measures to Implement the IATA Inter-carrier Agreement. [www.iata.org/legal/agreement.htm](http://www.iata.org/legal/agreement.htm)

82 M. Milde, "The "Warsaw System" of liability in international carriage by air—history, merits and flaws..."(sin publicar, 1999), p. 8.

transportistas, para la modernización del sistema compensatorio del artículo 22 del Convenio de Varsovia, la principal deficiencia del sistema vigente es sin lugar a dudas su fraccionamiento.<sup>83</sup>

La entrada en vigencia del nuevo Convenio de Montreal traería en primer lugar la solución a este problema, ya que dicho Convenio consolida en un solo cuerpo normativo todas aquellas reglas generales que hoy se encuentran dispersas en algunos instrumentos internacionales que integran el Sistema de Varsovia y que han obtenido fuerza obligatoria, conformando así el marco jurídico vigente.<sup>84</sup>

En el mismo sentido, se puede decir que el nuevo Convenio también reúne en un solo cuerpo legal algunas de las propuestas acogidas por otros instrumentos del Sistema de Varsovia, que si bien no cobraron nunca fuerza obligatoria, no obstante continúan ofreciendo las mejores soluciones a ser adoptadas para la resolución de determinados problemas.<sup>85</sup>

Los trabajos para la preparación del nuevo instrumento internacional comenzaron en 1995 cuando el tema de la modernización del Sistema de Varsovia fue incluido en el programa de trabajo del Comité Legal de la OACI.<sup>86</sup>

El procedimiento empleado para la elaboración del proyecto final que fue presentado en la Conferencia internacional que adoptó el nuevo Convenio se apartó desde sus inicios del sistema normalmente utilizado para estos efectos.<sup>87</sup> En 1995 un grupo de trabajo de la Secretaría de la

83 L. Weber, "ICAO's Initiative to Reform the Legal Framework for Air Carrier Liability" vol. XXII-I Annals of Air & Space Law (1997), p. 61.

84 Este es el caso por ejemplo del Convenio de Guadalajara de 1961, cuyas normas fundamentales fueron incorporadas en el nuevo Convenio de Montreal de 1999.

85 Este es el caso por ejemplo del Protocolo de Guatemala de 1971.

86 15 de noviembre de 1995. C-DEC 146/3. Para una detallada exposición de los antecedentes de la Conferencia internacional que adoptó el nuevo Convenio de Montreal, celebrada en esa ciudad del 11 al 28 de mayo de 1999, véase M. Milde, "The 'Warsaw System' of liability in international carriage by air- history, merits and flaws..." (sin publicar, 1999) p. 10-11. Véase supra p. 2, nota No. 3.

87 Normalmente el procedimiento para la preparación de una convención se inicia con un estudio de parte de la Secretaría, para luego referir el asunto a un Ponente, o a un Subcomité del Comité Legal, cuyo informe deberá ser posteriormente sometido al Comité, el cual deberá determinar cuando el proyecto estará listo para ser presentado al Consejo para la convocatoria por este último de una Conferencia

OACI fue establecido,<sup>88</sup> el cual estuvo compuesto por un grupo de expertos designados por el Presidente del Consejo, quienes junto con algunos funcionarios de la Oficina Legal se reunieron en 1996, y su reporte fue presentado al Consejo de la OACI ese mismo año.<sup>89</sup> Posteriormente se nombró un Ponente cuyo informe fue igualmente presentado al Consejo en 1997, que convocó la Trigésima Sesión del Comité Legal de la OACI del 28 de abril al 9 de mayo de 1997 en Montreal, con el objeto de discutir el nuevo proyecto, el que se consideró listo para ser presentado a la conferencia internacional que también convocara el Consejo. Aunque el proyecto fue aprobado, la conferencia no fue emplazada, sino que éste fue luego enviado a los Estados miembros para comentarios.<sup>90</sup> Finalmente un nuevo equipo de trabajo fue establecido por el Consejo, el cual se denominó Grupo Especial para la Modernización y Consolidación del Sistema de Varsovia y cuyos miembros fueron también designados por el Presidente del Consejo. En abril de 1998 este equipo preparó el proyecto definitivo que fue presentado a la Conferencia internacional de derecho aeronáutico realizada en Montreal entre el 11 y 28 de mayo de 1999.<sup>91</sup>

A pesar de la oposición de algunos Estados participantes en la Conferencia, la mayoría apoyaba el proyecto elaborado por el Grupo

---

internacional, que deberá aprobar el convenio por mayoría de dos tercios de los representantes que se hayan hecho presentes y hayan votado. M. Milde, *The "Warsaw System" of liability in international carriage by air- history, merits and flaws...* (sin publicar, 1999), p. 10., véase supra p. 2, nota No. 3.

88 La decisión de formar este Grupo de Estudio fue tomada por el Consejo en Noviembre de 1995. Véase A. Kotaite, "ICAO's Role with respect to the Modernization of the Warsaw System" vol. XXII-I *Annals of Air & Space Law* (1997), p. 8.

89 L. Weber, "ICAO's Initiative to Reform the Legal Framework for Air Carrier Liability" vol. XXII-I *Annals of Air & Space Law* (1997), p. 61.

90 L. Weber, "Modernization of the Warsaw System", vol. XXIII *Annals of Air & Space Law* (1998), p. 232.

91 *Ibidem.*, pp. 234-235. Este proyecto, que al regular la responsabilidad del transportista acogió fundamentalmente las soluciones propuestas en la iniciativa japonesa y más recientemente en los Acuerdos de IATA entre transportistas, fue presentado a la Conferencia internacional de derecho aeronáutico celebrada en Montreal del 11 al 28 de mayo de 1999 como el texto aprobado por la trigésima sesión del Comité Legal de la OACI, Montreal, del 28 de abril al 9 de Mayo de 1997 y refinada por el Grupo Especial para la Modernización y Consolidación del Sistema de Varsovia, 14-18 de abril de 1998., DCW Doc. No 3.



Especial para la Modernización y Consolidación del Sistema de Varsovia. Sin embargo antes de llegar al acuerdo final que fue aprobado de forma unánime, fue necesario crear un grupo de consulta, el cual se le conoció con el nombre de *the Friends of the Chairman*, establecido por el Presidente de la Conferencia y compuesto por veintisiete delegaciones que fueron llamadas a formar parte de éste, con el objetivo de lograr consensus.<sup>92</sup> Finalmente, dicha Conferencia internacional resultó ser un éxito y el nuevo Convenio fue adoptado el 28 de mayo de 1999.<sup>93</sup>

### **EL ALCANCE REGULADOR DEL NUEVO CONVENIO**

La nueva Convención de Montreal, al igual que el Convenio de Varsovia, es aplicable al transporte aéreo internacional de personas, equipaje o carga, sea remunerado o gratuito, siempre que en este último caso el transporte sea efectuado por una empresa que se dedique a este tipo de transporte.<sup>94</sup>

Tal y como fue establecido en la Convención de Varsovia, para los efectos del Convenio de Montreal, transporte aéreo internacional también significa todo transporte que tenga como lugares de partida y destino los territorios de por lo menos dos Estados contratantes del Convenio, o el territorio de uno solo de estos Estados, siempre que haya una escala convenida por las partes en el territorio de cualquier otro Estado, sea o no este último parte del referido Convenio.<sup>95</sup>

Como su nombre mismo lo indica, el Convenio de Montreal al igual que el Convenio de Varsovia, solo unifica ciertas normas relativas al transporte aéreo internacional, por lo que, en líneas generales, éste no contiene reglas que regulen directa o indirectamente las siguientes materias:

- El nuevo Convenio no es aplicable al transporte de envíos postales en general. El artículo 2, párrafo segundo del Convenio establece que

---

92 M. Milde, *The "Warsaw System" of liability in international Carriage by air- history, merits and flaws...* (sin publicar, 1999), pp. 12-14.

93 El Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional firmado en Montreal el 28 de mayo de 1999. OACI Doc. 9740.

94 Artículo 1, numeral primero del Convenio de Montreal.

95 *Ibidem.*, numeral segundo.

“el transportista será responsable únicamente frente a la administración postal correspondiente, de conformidad con las normas aplicables a las relaciones entre los transportistas y las administraciones postales.” Ahora bien, el Convenio de Montreal no contiene norma alguna que regule tales relaciones, por lo que puede decirse que la disposición del artículo 2 antes referida solo cobra sentido en tanto que ésta reafirma la inaplicabilidad del Convenio para este tipo de transporte.

- El Convenio no será aplicable al transporte aéreo internacional sin fines comerciales efectuado por el Estado Parte que haya formulado alguna reserva de conformidad con los supuestos a) y b) del artículo 57.

- El nuevo Convenio no regula de manera general, ni determina de forma indirecta por medio de una norma de derecho internacional privado, la ley que regirá la forma, celebración, perfeccionamiento y extinción del contrato de transporte.

- El Convenio no contiene normas relativas a la capacidad de negociar de las partes del contrato de transporte, ni establece, a través de una norma de conflicto, cual ha de ser la ley aplicable a este respecto. De esta forma, la ley personal de las partes ha sido el factor de conexión generalmente utilizado para establecer la ley que gobierne lo relativo a la capacidad contractual de las partes. El Convenio tampoco contiene normas de carácter general que regulen, o reglas de derecho internacional privado que determinen la ley que rige en cuanto a la validez del contrato de transporte ni la nulidad de éste, por lo que leyes locales deberán ser aplicadas.

- El Convenio tampoco tiene normas sustantivas que determinen o alguna norma de conflicto que señale qué ley deberá determinar quien es la persona legitimada para ejercer la acción por daños a que se refiere el artículo 17, en lo que respecta al transporte de personas, cuando el pasajero no sobrevive al accidente, por lo que la respuesta debe ser encontrada en las distintas leyes nacionales.

Finalmente, este Convenio no consagra normas referentes al hecho ilícito. Este instrumento internacional únicamente regula la relación existente entre las partes del contrato de transporte, sea éste de personas, de equipaje o transporte de carga, salvo lo dispuesto en el Capítulo V

referente al transporte efectuado por el transportista de hecho.<sup>96</sup> Aunque el artículo 29 del nuevo Convenio hace expresa mención de acciones por daños que pudieran ser fundamentadas en un acto ilícito, es evidente que tal referencia solo tiene el efecto de reafirmar que el basamento jurídico que se le dé en los distintos sistemas jurídicos nacionales a la acción aquí consagrada no puede ser utilizado como pretexto para irrespetar los límites y condiciones del presente Convenio.

### **EL NUEVO MODELO COMPENSATORIO**

En primer lugar es importante destacar que, así como la redacción de la Convención de Varsovia fue inspirada principalmente por principios proteccionistas que permitieran el afianzamiento y desarrollo de la aviación, el nuevo Convenio, en su propio Preámbulo, deja claro que esta vez es el usuario del transporte aéreo, y no la industria aeronáutica, el sujeto a ser protegido a través de sus normas.

Asimismo se debe aclarar que el régimen de responsabilidad contractual del transportista para el transporte de pasajeros que adopta la Convención de Montreal de 1999, aunque representa una mejora substancial al sistema indemnizatorio en vigor, no constituye en sí mismo ninguna formulación novedosa, sino que por el contrario, no es otra cosa que el reconocimiento, por parte de la comunidad aérea internacional, de la solución propuesta en la iniciativa japonesa. De esta forma, el nuevo Convenio también establece un régimen de responsabilidad integrado por dos sistemas indemnizatorios bien diferenciados:

1-Se crea un primer escaño para reclamaciones que no excedan de la suma de 100.000 DEG, el cual consiste en un sistema de responsabilidad estricta, por el cual el transportista queda obligado a indemnizar al viajero,

---

<sup>96</sup> En el caso del personal del transportista que se encuentra de servicio a bordo de la aeronave al momento de un accidente, siendo un transporte internacional en los términos del presente Convenio, acción alguna podría ser interpuesta con fundamento en el presente instrumento, ya que aquí no existiría una relación contractual de transporte, sino laboral. Lo mismo se puede decir del que viaja de polizón, con la diferencia de que éste no tendría ningún tipo de relación contractual con el transportista. En estos casos cualquier acción tendría que fundamentarse en el hecho ilícito del transportista, pero fuera del ámbito de la Convención de Montreal.

o sus beneficiarios en caso de muerte del primero, por la suma antes mencionada, cuando éste resultare lesionado o muerto por motivo de un accidente a bordo de la aeronave, o en las operaciones de embarque o desembarque.<sup>97</sup> En este primer escalafón el transportista es siempre responsable, por lo que no tiene a su disposición otro medio de defensa que el demostrar la culpa total o parcial del pasajero en la producción del daño, situación que de ser probada daría lugar a su exoneración total o parcialmente con respecto a ese pasajero, de acuerdo con la contribución de este último para con el daño.<sup>98</sup>

Es oportuno mencionar que conforme a la nueva Convención los tribunales están obligados a tomar en cuenta esta culpa contributiva del pasajero, lo cual constituye una modificación importante con relación al Sistema de Varsovia, que deja a la discrecionalidad de la ley del foro el considerar o no esta circunstancia.<sup>99</sup>

2-Bajo el segundo escaño, el cual rige para todas aquellas reclamaciones superiores a la suma de 100.000 DEG, se prevé un sistema de responsabilidad ilimitada, basado en la culpa del transportista, pero con la carga de la prueba invertida en cabeza del demandado, quien reserva la defensa de haber obrado con el debido cuidado y diligencia, así como también la oportunidad de probar que un tercero, y no él, fue el único causante del daño ocurrido, con el fin de ser exonerado al pago de cualquier suma que fuere mayor de 100.000 DEG.<sup>100</sup>

Estos dos supuestos referidos anteriormente, que atenúan la responsabilidad del transportista, son taxativos, pero no concurrentes, lo que quiere decir que solo uno de ellos debería ser probado por el transportista para quedar liberado de cualquier suma que supere el límite de 100.000 DEG. Sin embargo se debe notar que para el transportista debería ser suficiente con demostrar el primer supuesto, o sea, que “el daño no se debió a [su] negligencia o a otra acción u omisión indebida” de su parte,<sup>101</sup> ya que el segundo supuesto, donde el daño es debido

---

97 Artículo 17 numeral primero en conjunción con el artículo 21 numeral primero del nuevo Convenio de Montreal.

98 *Ibíd.*, artículo 20.

99 *Ibíd.*, véase también el artículo 21 de la Convención de Varsovia.

100 Artículo 21 numeral segundo del Convenio de Montreal de 1999.

101 *Ibíd.*, letra a).

exclusivamente al hecho de un tercero,<sup>102</sup> necesariamente implicaría o presupondría el cumplimiento diligente por parte del transportista de sus obligaciones contractuales, lo que ya entraría dentro de la primera causal de exoneración arriba mencionada. Esto significa que al transportista solo debería bastarle con demostrar que obró prudentemente, para que su responsabilidad fuera atenuada en los términos ya explicados, sin tener la necesidad de adicionalmente probar que el daño fue únicamente producido por la negligencia u otra acción u omisión indebida de un tercero, lo cual parecería superfluo.

Es importante observar que conforme a la letra a) del numeral segundo del artículo 21, del nuevo Convenio, el transportista para no ser responsable más allá de la suma de 100.000 DEG., solo tendría que demostrar que en el cumplimiento de sus obligaciones obró con la diligencia de un buen padre de familia. Así el transportista no sería responsable cuando quedara probado que el incumplimiento se debió a su culpa levísima. Esta defensa del nuevo Convenio difiere de aquella consagrada en el artículo 20 de la Convención de Varsovia, la cual, al exigir del transportista la prueba de haber tomado todas las medidas necesarias para evitar el daño, o la imposibilidad de haberlas tomado, requiere de éste en el cumplimiento de sus obligaciones la diligencia del mejor padre de familia; por lo que el transportista sería siempre responsable no solo en el caso de que incurriera en culpa leve, culpa lata o dolo, sino también en el caso de que el incumplimiento se debiera a su culpa levísima.

De acuerdo con el régimen compensatorio descrito para el transporte de pasajeros, puede afirmarse que éste sí reconoce el principio de restitutio in integrum,<sup>103</sup> por lo que conforme al sistema aquí propuesto, el demandante no tendría ya que pasar por la dificultad de probar el dolo del transportista para ser compensado por la totalidad del daño sufrido, lo cual constituye sin lugar a dudas uno de los mayores adelantos que ofrece el nuevo Convenio.

---

102 Ibidem, letra b).

103 M. Milde, "New unification of private international air law" en *The Korean Journal of Air and Space Law* vol.11 (1999), p. 91.

El transportista también sería responsable por el daño producto de algún retraso en el transporte de pasajeros, hasta la suma de 4150 DEG por viajero, a menos que probara que él, sus agentes y dependientes tomaron todas las medidas necesarias para evitar el daño o les fue imposible tomarlas.<sup>104</sup> Este límite no sería aplicable si se demostrara que el daño se debió al dolo o culpa grave del transportista o de sus dependientes o agentes que hubieren actuado en el ejercicio de sus funciones.<sup>105</sup>

En cuanto a la responsabilidad del transportista por la pérdida, destrucción o avería del equipaje facturado, se introdujo un sistema independiente de la noción de culpa, en el cual el pasajero sería indemnizado por la suma máxima de 1000 DEG por el solo hecho de que dicho daño se produjera a bordo de la aeronave o durante el tiempo en que el equipaje estuvo bajo la custodia del transportista, salvo que el daño se hubiere debido a la naturaleza, defecto o vicio propio de éste.<sup>106</sup> En cuanto al equipaje no facturado, el transportista sería responsable siempre que el daño se debiera a su culpa o a la de sus agentes o dependientes.<sup>107</sup> En el caso de retraso en este tipo de transporte, la responsabilidad del transportista también quedaría sometida al límite antes referido, pero éste no sería responsable si probara que él, sus agentes y dependientes adoptaron las medidas necesarias para prevenir el daño o se vieron en la imposibilidad de tomarlas.<sup>108</sup>

En cuanto al transporte de carga, el transportista sería también responsable por su pérdida, destrucción o avería, hasta la suma de 17 DEG por kilogramo, con independencia del concepto de culpa, siempre que el hecho causante del daño se hubiera producido durante el transporte

---

104 Artículo 19 en conjunción con el artículo 22(1) del Convenio de Montreal de 1999. Como se puede observar, se mantuvo el mismo límite establecido en el Protocolo Adicional de Montreal No.3 de 1975 (artículo II).

105 *Ibidem*, artículo 22(5).

106 *Ibidem*, artículo 17(2) en conjunción con el artículo 22(2). Se mantuvo la misma suma indemnizatoria del Protocolo de Montreal No.3 de 1975 (artículo II) como límite de responsabilidad del transportista en este tipo de transporte.

107 *Ibidem*, artículo 17(2).

108 *Ibidem*, artículo 19.

de la mercancía.<sup>109</sup> Sin embargo el transportista no sería responsable si probara que el daño se debió a alguna de las causales declaradas en forma taxativa en el numeral segundo del artículo 18 del nuevo Convenio. En el caso de retraso en el transporte de mercancías, la responsabilidad del transportista también estaría sujeta a esta limitación, pero éste podría quedar exonerado si probara que él, sus agentes y dependientes tomaron las medidas necesarias para evitar el daño o les fue imposible tomarlas.<sup>110</sup>

Tanto en el transporte de equipaje como de carga, los límites antes referidos no se aplicarían, si al momento de la entrega, el pasajero o el expedidor, hicieran una declaración especial del valor de la entrega del equipaje o de la carga, respectivamente, en el lugar de destino, y pagaran una suma suplementaria si ésta fuere aplicable.<sup>111</sup>

En el caso del transporte de equipaje, el límite respectivo tampoco se aplicaría a ningún caso de daños si el pasajero probara que el incumplimiento se debió al dolo del transportista, o a su culpa inexcusable o la de sus dependientes o agentes, siempre que estos últimos hubieren actuado en el ejercicio de sus funciones.<sup>112</sup>

## **OTROS AVANCES DEL NUEVO CONVENIO**

Los principales aspectos del nuevo Convenio de Montreal que deben ser resaltados por representar un avance importante para el derecho internacional privado aéreo son los siguientes:

1-La adopción de la quinta jurisdicción con respecto a las acciones por daños y perjuicios en el transporte de personas.

La así denominada quinta jurisdicción es aceptada en los sistemas legales de derecho consuetudinario; su ausencia en el ordenamiento jurídico vigente (Sistema de Varsovia) representa sin lugar a dudas una

---

109 *Ibidem*, artículo 18(1) en conjunción con el artículo 22(3). Se adoptó el mismo límite compensatorio establecido en el Protocolo Adicional de Montreal No.3 de 1975 (artículo II), y del Protocolo de Montreal No.4 (artículo VII) firmado en el mismo año.

110 *Ibidem*, artículo 19.

111 *Ibidem*, artículo 22(2) y (3).

112 *Ibidem*, artículo 22(5).

de sus principales debilidades. Así que aparte de las cuatro jurisdicciones originalmente competentes conforme al artículo 28 de la Convención de Varsovia, el artículo 33(2) del nuevo Convenio otorga una quinta jurisdicción adicional para las acciones por daños en el transporte de pasajeros. De acuerdo con la norma mencionada la acción en estos casos también podría intentarse en el territorio de cualquier Estado parte en el cual el pasajero respectivo tuviese su “residencia principal y permanente” al momento del accidente, con la sola condición de que el transportista prestara sus servicios de transporte de pasajeros desde y hacia este territorio, ya sea en sus propios locales y aeronaves o en las aeronaves o locales de otro transportista con quien tenga un acuerdo comercial en los términos expresados en el numeral tercero, letra a) del mismo artículo ya referido.

2-La modernización y simplificación de las formalidades de los documentos de transporte.

El nuevo Convenio reduce en forma considerable las formalidades de la carta de porte aéreo siguiendo los lineamientos del Protocolo de Montreal No.4 de 1975. Se establece la posibilidad de sustituir la carta de porte aéreo por otro medio que deje constancia del transporte que se trate. En este caso el expedidor podría exigir la entrega de un recibo de carga que identificara el envío y permitiera el acceso a la información preservada en el otro medio utilizado en sustitución de la carta de porte aéreo.<sup>113</sup>

El nuevo Convenio también simplifica considerablemente las formalidades del billete de pasaje y permite la entrega de un solo documento para el transporte de pasajeros y de equipaje; aunque el transportista todavía tendría la obligación de entregar al pasajero un talón de identificación por cada pieza de equipaje facturado.<sup>114</sup> La entrega del documento de pasaje pudiera incluso ser sustituida por cualquier otro medio que dejara constancia de la información a la que se refiere el artículo 3(1); caso en el que el transportista tendría que ofrecer al pasajero la expedición de una declaración escrita conteniendo la información arriba

---

113 *Ibidem*, artículo 4.

114 *Ibidem*, artículo 3(3).



mencionada.<sup>115</sup> Aunque la nueva Convención en su artículo 3(4) todavía exige que el transportista notifique al pasajero de la aplicabilidad del Convenio, esta disposición no establece ninguna sanción en caso de incumplimiento de este requisito, por lo que la aplicación práctica de esta norma no debería traer ningún tipo de consecuencia jurídica. Con base en los argumentos ya referidos y en los problemas interpretativos ocasionados en torno al artículo 3 del Convenio de Varsovia en la jurisprudencia norteamericana, hubiese sido preferible omitir en el nuevo Convenio toda referencia a este requerimiento.

3-El establecimiento de una cláusula que estimula la resolución extrajudicial de conflictos.

Esta disposición consagrada en el artículo 22(6) autoriza al demandante a recuperar las costas y gastos del proceso conforme a la *lex fori*, con independencia de los límites establecidos en los artículos 21 y 22, únicamente si la indemnización acordada por el tribunal es superior a aquella suma ofrecida por el demandado en forma escrita dentro de los seis meses siguientes al hecho que ocasionó el daño o antes del inicio del juicio, si esta fecha es posterior.

4-La revisión de los límites.

Se establece la revisión periódica, en intervalos de cinco años, de los límites de responsabilidad consagrados en los artículos 21, 22 y 23, por parte del Depositario de la Convención, que es la OACI.<sup>116</sup> Si al efectuar la revisión el índice de inflación es mayor del 10% el Depositario deberá informar a los Estados Partes de los ajustes que se hicieren a los límites de responsabilidad, los que serán efectivos seis meses después de su notificación a dichos Estados. La revisión quedaría sin efecto si dentro de los tres meses siguientes a este aviso la mayoría de los Estados Partes registraran su desaprobación.<sup>117</sup> De igual forma, no obstante que la revisión deba hacerse cada cinco años, si un tercio de los Estados Partes manifestare el deseo de efectuarla, ésta podría realizarse en cualquier momento con la condición de que el índice de inflación fuese superior al 30% desde la fecha de la última revisión, y en su defecto, desde la

---

115 *Ibidem*, artículo 3(2).

116 *Ibidem*, artículo 24(1).

117 *Ibidem*, artículo 24(2).

fecha de entrada en vigencia del Convenio.<sup>118</sup> Para determinar el índice de inflación deberá usarse como medida de la tasa de inflación “el promedio ponderado de las tasas anuales de aumento o de disminución del índice de precios al consumidor de los Estados cuyas monedas comprenden el derecho especial de giro...”<sup>119</sup>

5-La declaración en forma expresa de la inaplicabilidad de los daños punitivos.

A diferencia de la Convención de Varsovia, el nuevo Convenio no deja ninguna duda en cuanto a qué tipo de daños son reparables, ya que este último en su artículo 29 expresamente excluye la posibilidad de reclamar daños punitivos o cualquier otros daños que no tengan una naturaleza compensatoria.

6-La previsión de un seguro obligatorio para cubrir la responsabilidad del transportista.

Los Estados contratantes del Convenio tendrán la obligación de exigir a sus transportistas que obtengan un seguro que cubra su responsabilidad y garantice las indemnizaciones previstas en la Convención. Además, cada Estado Parte podrá exigir a todo transportista extranjero que opere en su territorio pruebas de que haya suscrito dicho seguro, y que éste cubra suficientemente su responsabilidad.<sup>120</sup>

### **ALGUNAS INCONSISTENCIAS DEL NUEVO CONVENIO**

Es difícil pronosticar que nuevos inconvenientes interpretativos pudieran presentar algunas normas del nuevo Convenio una vez que éste entrare en vigor.

Por otra parte, es más fácil imaginar qué pasará con otras normas que a pesar de haber ocasionado gran cantidad de confusión jurisprudencial y cuyas imprecisiones ya han sido comprobadas, no fueron objeto de rectificaciones en el nuevo Convenio. Este es el caso concreto del artículo 17(1), el cual adopta de forma idéntica la redacción de la norma

---

118 *Ibidem*, 24(3).

119 *Ibidem*, artículo 24(1).

120 *Ibidem*, artículo 50.

contenida en el artículo 17 de la Convención de Varsovia, que como se sabe ha sido objeto de múltiples interpretaciones contradictorias principalmente en las cortes norteamericanas. Como ya se explicó en otra sección del presente trabajo, las palabras “lesión corporal” y “accidente” ahora también utilizadas en el nuevo Convenio, no representan la solución más adecuada. Por el contrario, estas palabras comportan en sí mismas una significación confusa e imprecisa.<sup>121</sup> En este mismo sentido, como fue explicado con anterioridad, las palabras “lesión personal” y “hecho” respectivamente, ofrecían sin lugar a dudas la terminología más conveniente para ser utilizada en el nuevo Convenio.<sup>122</sup>

Es de esperarse que al menos la jurisprudencia continúe interpretando la palabra “lesión corporal” de la forma como venía haciéndolo. Es decir, en forma tal que este término también comprenda el daño moral que está acompañado de alguna lesión o daño de tipo físico o alguna manifestación de éste.<sup>123</sup>

Con respecto a la palabra accidente también sería conveniente que la jurisprudencia continuara interpretando el término como lo hizo en *DeMarines v. KLM Royal Dutch Airlines* y en *Air France v. Sacks*.<sup>124</sup> Sin embargo sería deseable que a la palabra “accidente” se le diera una connotación estrictamente relacionada con aquellos hechos que estuvieran intrínsecamente conectados con el transporte aéreo como tal,<sup>125</sup> de forma que el transportista solamente fuese responsable cuando el daño ocasionado al pasajero fuera producto de un hecho anormal o inesperado que tuviese su origen en la operación de la aeronave o en el servicio que presta la aerolínea, lo que debería ser determinado en cada caso concreto. En este sentido cualquier ataque terrorista no debería ser considerado como un accidente para los efectos de la atribución de responsabilidad en el transporte aéreo internacional, ya que este hecho, sobre el cual la aerolínea no puede ejercer ningún control, no se vincula en forma directa

---

121 Véase supra pp. 19-20.

122 *Ibidem*, p. 24. Véase también nota No.53.

123 *Ibidem*, p. 20.

124 *Ibidem*, p. 18, nota No.35.

125 Véase *Hartley Price v. British Airways* (1992) 23 *Avi* 18,465.

con el manejo de la aeronave ni con la prestación del servicio aéreo.<sup>126</sup> Conforme a la interpretación aquí propuesta, en cuanto al significado de la palabra accidente, la aerolínea sí debería ser responsable por ejemplo en caso de envenenamiento de los pasajeros con motivo de la comida servida a bordo de la aeronave, ya que este supuesto obviamente formaría parte del servicio dispensado por el transportista.

Finalmente, otra posible deficiencia del nuevo Convenio se podría observar en la norma contenida en su artículo 34, el cual contempla la posibilidad de utilizar el método de arbitraje, pero únicamente en la resolución de los conflictos que se originen con motivo de la responsabilidad del transportista en el transporte de carga. Así que la posibilidad de utilizar el arbitraje como un método para dirimir cualquier controversia en cuanto a la responsabilidad del transportista en el transporte de personas, fue deliberadamente excluida en el artículo antes mencionado, aunque esto no fue objeto de una prohibición expresa en el nuevo Convenio.

## CONCLUSIÓN

El nuevo Convenio representa sin lugar a dudas un verdadero trabajo re-unificador que acoge los elementos indispensables para lograr un verdadero compromiso internacional.

El Convenio reconoce los avances que han sido puestos en marcha por iniciativa de la propia industria aérea y que han dado origen al establecimiento de un sistema compensatorio más equitativo.<sup>127</sup> Éste también subsana una gran cantidad de faltas y carencias del sistema

---

126 Esta opinión no representa un criterio aceptado en la jurisprudencia. Sin embargo, como ejemplo de la consideración hecha en cuanto a la responsabilidad de la aerolínea por el servicio prestado, el caso *Chendrimada v. Air India* (1992) 23 *Avi* 17,173 es bastante ilustrativo. En este caso se decidió que el hecho de haber mantenido a los pasajeros recluidos dentro del avión sin comida por más de once horas y media, constituía un accidente en los términos del artículo 17 del Convenio de Varsovia, ya que este hecho provocó que los pasajeros sufrieran de mareos, náuseas, calambres estomacales, etc., lo que se consideró que entraba dentro del supuesto de lesión corporal.

127 Este es el caso particular del Acuerdo entre transportistas de IATA, adoptado en 1995 en Kuala Lumpur., véase *supra* p. 33.

actual de Varsovia, y congrega un adecuado concierto de voluntades que en general satisface en forma considerable las actuales necesidades de todos los sectores aquí involucrados. Sin embargo, como se vio anteriormente, el nuevo Convenio tampoco está exento de fallas, y está por verse cuál será su resultado final cuando sea probado en la práctica a través de la interpretación que de sus normas hagan los tribunales de justicia. Por el momento, las deficiencias que éste presenta todavía corresponden a vestigios del pasado, como es el caso de la norma contenida en su artículo 17(1), y es de esperar que la jurisprudencia mantenga su criterio actual en este sentido.

Para que el nuevo Convenio entrara en vigor sería necesario, conforme a su artículo 53(6), un mínimo de treinta ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones o adhesiones por parte de los Estados, sin tomar en cuenta para tales efectos las ratificaciones que de éste hicieran cualquiera de las organizaciones regionales de integración económica a las que se refiere el numeral segundo del mismo dispositivo.

En este sentido, sería conveniente que la comunidad aérea mundial no se conformara tan solo con la implementación de ciertos correctivos parciales, como los Acuerdos entre transportistas de IATA, que si bien representan un paliativo para el estado actual del derecho, no pueden ofrecer una solución definitiva al problema, y por ende es preciso que los Estados se den cuenta de la imperiosa necesidad de adoptar prontamente este nuevo ordenamiento jurídico para beneficio del transporte aéreo internacional.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Artículos**

- Cheng, B., "A new-look Warsaw Convention on the eve of the twenty-first century" XXII Annals of Air and Space Law (1997), pág.45.
- Folchi, M., "Guidelines for a new international air carrier liability Convention", vol.XXII-I Annals of Air and Space Law (1997), pág.105.

- Kotaite, Assad., "ICAO's Role with respect to the Modernization of the Warsaw System", vol. XXII-I Annals of Air and Space Law (1997), pág.5.
- Lowenfeld, A., "The United States and the Warsaw Convention", 80 Harvard Law Review (1967), pág.497.
- Milde, M., "New unification of private international air law –a rebirth of the Warsaw System? The Korean Journal of Air and Space Law, vol.11 (1999), pág.66.
- Milde, M., "The Warsaw System" of Liability in international carriage by air –history, merits and flaws... and the new "non- Warsaw" Convention of 28 May 1999". Notas preparadas para el seminario presentado en la Universidad de Singapur el 27 de agosto de 1999 (todavía sin publicar).
- Milde, M., "Warsaw requiem or unfinished symphony? (from Warsaw to the Hague, Guatemala City, Montreal, Kuala Lumpur and to...? The Lloyds Aviation Quarterly (1996), pág.37.
- Milde, M., "Warsaw System and Limits of Liability –Yet Another Crossroad", vol.XVIII Annals of Air and Space Law (1993), pág. 201.
- Pickelman, M., "Draft Convention for the unification of certain rules for international carriage by air: the Warsaw Convention revisited for the last time? 64 J. Air L. & Com (1998), pág.273.
- Reukema, B., "No New Deal on Liability Limits for International Flights" 18 Int'l Law (1984), pág.983.
- "The Japanese initiative: absolute unlimited liability in international air travel" 60 J. Air L. & Com. (1995), pág.819 (panel de discusión presidido por Asselta, J., y Kreindler, L).
- Tompkins, G., "The IATA Intercarrier Agreements and the US Department of Transportation", vol.XXII-I Annals of Air and Space Law (1997), pág.111.
- Weber, L., "ICAO's Initiative to Reform the Legal Framework for Air Carrier Liability", vol. XXII-I Annals of Air and Space Law (1997), pág.59.
- Weber, L., "Modernization of the Warsaw System to be considered by a Diplomatic Conference in 1999", vol. XXIII Annals of Air and Space Law (1998), pág.231.

**Libros**

- Drion, H., Limitation of Liability in International Air Law, 1954.
- Goldhirsch, L., The Warsaw Convention Annotated, Boston: Nijhoff, 1988.
- Kreindler, L., Aviation Accident Law, New York: Matthew Bender, 1974.
- Lowenfeld, A., Aviation Law, New York: Matthew Bender (2da ed.) 1981.
- Mapelli, E., El Contrato de Transporte Aéreo Internacional, Madrid, Editorial Tecnos, 1968.
- Matte, N., Traité de droit aérien aéronautique, Montreal: ICDAS-McGill (3ra ed.) 1981.
- Milde, M., The Problems of Liabilities in international carriage by air, Prague: Charles University, 1963.
- Milde, M. & Wilson, J., Private International Air Law, Institute of Air and Space Law, McGill University, 1999.
- Miller, G., Liability in International Air Transport, Deventer: Kluwer, 1977.
- Shawcross, C., Shawcross & Beaumont on Air Law, London: Butterworths (3ra ed.) 1966.
- Shawcross, C., Shawcross & Beaumont on Air Law, London: Butterworths (4ta ed.) 1977.

**Régimen del Trabajo en idioma inglés**

- *The low limit of the carrier's liability where the carriage of passengers is concerned has always been the mayor shortcoming of the current compensatory regime of the Warsaw Convention of 1929, and other instruments of the so called Warsaw System. Generally, this situation has brought about a great deal of dissatisfaction and criticism to the current legal system, which is now fragmented as a result of different actions taken in this respect by the International Organizations involved, as well as different unilateral actions adopted by some contracting States and American courts, whereby the System in force has lost its uniformity.*
- *On the initiative of the International Civil Aviation Organization (ICAO), on the 28th of May 1999, it was signed in Montreal the new Convention for the unification of certain rules for International carriage*

*by air, which is the central subject matter of this essay. After a systematic analysis of the Warsaw System, and after a general review of the different instruments that are part of, or in any way relate to, the current legal System, the present paper focuses on the study and assessment of the new Convention. This essay examines the improvements the new Montreal Convention makes in modernizing the Warsaw System, so as to emphasize the importance and need for this new Instrument to be ratified, and also determine to what extent it could represent a permanent answer to the long-awaited reunification of the private international air law. Finally, the implications and possible deficiencies the new System could have once in force is the last issue here studied.*





# Efectos jurídicos civiles de las uniones de hecho\*

Rafael Bernard Mainar\*\*

## INTRODUCCIÓN

Se han utilizado diversas acepciones para designar esta realidad social: parejas no casadas, parejas estables no casadas, cohabitación extramatrimonial, unión libre, concubinato (comunidad concubinaria habla el Código Civil venezolano), unión de hecho, pareja de hecho estable, contrato de unión civil, situaciones convivenciales de ayuda mutua, familia de hecho (que nos parece la más idónea, ya que la situación objetiva es muy similar a la surgida de la familia emanada del matrimonio, sin que ello suponga, como veremos, asimilar ambas situaciones en la práctica).

Podemos definir la institución como *la unión sexual de un hombre y una mujer, que prescindiendo del cauce legal del matrimonio, pretenden con proyección de futuro formar una comunidad de vida.*

---

\* Ponencia presentada en el II Congreso Venezolano de Derecho de Familia celebrado en Caracas los días 2-4 de Junio de 1999 por iniciativa del Centro de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

\*\* Abogado. Profesor invitado en las Facultades de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas y Universidad Central de Venezuela.

Tomando como punto de partida dicha concepción, apuntamos los *requisitos* necesarios de la figura:

a) *Debe estar compuesta por un hombre y una mujer.*

b) *Ha de ser una relación notoria y pública.*

c) *Estabilidad, permanencia y convivencia temporal consolidada.*

Se excluirían las uniones esporádicas y puntuales<sup>1</sup>. El art. 767 del Código Civil venezolano introduce este factor como premisa necesaria para que funcione la comunidad concubinaria.

La convivencia de hecho puede tener diversas *causas*. Entre ellas destacamos: la consideración de una especie de matrimonio a prueba, como fase anterior a éste; imposibilidad legal de contraer matrimonio; ventajas fiscales respecto a la situación tributaria que representa el matrimonio (no obstante, las desventajas son mayores que las ventajas); razones culturales, de costumbre, o de marginalidad social (al respecto es interesante destacar la distinta realidad sociológica que se observa entre, por ejemplo América Latina y Europa: así, en la primera, el fenómeno se caracteriza por responder a un ámbito geográfico rural, con un bajo nivel cultural y socioeconómico, además de una cierta desidia e inercia ante cualquier expresión de burocracia, mientras que en la vieja Europa nos hallamos más bien ante un uso de naturaleza urbana, por ser allí donde se permite más fácilmente escapar de la presión de orden social y religioso, más agudizada en el ambiente rural, y suele comprender a personas de un nivel cultural medio o superior, que adoptan tal decisión como reacción ante la práctica establecida y consolidada del matrimonio); incluso, por una voluntad deliberada de rechazo y repudio a la institución

---

1 El art. 2º de la Ley 54 de 1990, de 28 de diciembre, por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes, de Colombia, establece: "Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando exista unión marital de hecho durante un lapso no inferior a dos años, entre un hombre y una mujer sin impedimento legal para contraer matrimonio". Algunas legislaciones establecen un plazo mínimo para conceder virtualidad a la unión de hecho: diez años, en Chile y Panamá; cinco años en México, Australia, y el estado de Ontario; tres años en Francia (Ley de Pensiones de Guerra de 12 de noviembre de 1955), New Hampshire y Guatemala; dos años, Portugal y Perú; un año en Italia, en la Ley de Pensiones de Guerra de 6/10/1986.

del matrimonio, sea por principios ideológicos, sea por temor a las consecuencias jurídicas y económicas de un posible divorcio ante el matrimonio fracasado.

### **RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE**

Las soluciones que el ordenamiento jurídico podría aportar ante las denominadas familias de hecho son las siguientes:

Ignorarlas, teniéndolas como inexistentes, lo cual, a nuestro juicio, es criticable puesto que el Derecho no puede hacer oídos sordos a una realidad evidente en nuestros días.

Reconocer su existencia, con múltiples opciones y posibilidades: asimilarlas y equipararlas al matrimonio válidamente celebrado<sup>2</sup>; establecer una disciplina orgánica paralela y simétrica a la de aquél; fijar un estatuto mínimo de convivencia extramatrimonial.

En el ámbito del Derecho Comparado, nos hallamos con algunas muestras de esta política legislativa institucionalizadora, bien para casos muy concretos<sup>3</sup>, bien con carácter más general<sup>4</sup>.

2 El art. 767 del Código Civil venezolano recurre a esta solución en el terreno patrimonial, como veremos más adelante. Este criterio sostiene el art. 77 de la reciente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo tenor reza: "...Las uniones estables de hecho entre un hombre y una mujer que cumplan los requisitos establecidos en la ley producirán los mismos efectos que el matrimonio".

3 En Francia, se produce la equiparación de las uniones de hecho con la unión matrimonial en lo referente a las técnicas de reproducción asistida. En el sistema angloamericano, en el estado de California y por extensión en Oregón, es conocida la doctrina MARWIN según la cual existe una compensación económica por desequilibrio patrimonial para el caso de cesación de la convivencia. Algunas legislaciones equiparan la unión de hecho a la matrimonial: así, Bolivia, en el art. 131 de la Constitución de 24 de noviembre de 1945, y su Código de Familia de 23 de agosto de 1972; Cuba, en el art. 43 de la Constitución de 1940, y su Código de Familia de 14 de febrero de 1975; Ecuador, art. 23 de la Constitución de 1983; Guatemala, en la Constitución de 1945 y el Código Civil de 1963; Honduras, en el art. 112 de la Constitución de 1982; algunos estados mexicanos (Tamaulipas, Hidalgo); Panamá, en el art. 56 de la Constitución de 1946; Paraguay, en los arts. 48-50 de la Constitución de 1992, y en los arts. 217 y ss. del Código Civil de 1987.

4 En Suecia están vigentes las denominadas Leyes de Convivencia y Uso de Vivienda, la Ley 1987/232 The Cohabitees -Joint Homes- Act, del Hogar Común de Cohabitanes Extramatrimoniales, que entra en vigor el 1 de enero de 1988.

## EFFECTOS JURÍDICOS CIVILES

### *Contratos reguladores*

Se ha cuestionado la posible validez de los contratos reguladores de la convivencia de hecho que pueden celebrar el hombre y la mujer sobre las condiciones de la misma.

En principio, con base en la autonomía de la voluntad, podemos reconocer su licitud, sin perjuicio de las limitaciones derivadas de la materia de la que se trata.

En ningún caso, tales convenios pueden atentar contra el principio de igualdad entre los cónyuges.

Y es que tal principio no es exclusivo de la disciplina familiar, puesto que deriva de valores constitucionales, reconocidos de forma expresa y consagrada, con carácter independiente, y no por su asimilación a la institución del matrimonio. Se trata de uno de los derechos fundamentales de la Carta Magna, que es de aplicación directa sin precisar un desarrollo legislativo posterior<sup>5</sup>.

Respecto al deber de respeto y ayuda mutua que recae sobre los cónyuges, en principio, en tanto no haya una legislación expresa al respecto, se entiende que no constituye un elemento exigible, aunque sí recomendable y conveniente, de las familias de hecho, toda vez que pueda disolverse ésta por la sola voluntad de uno de los miembros de la pareja<sup>6</sup>.

Algo similar ocurre con el denominado interés de la familia, que debe presidir toda actuación de los cónyuges: en principio, no sería aplicable para la familia de hecho, que se disuelve por la sola voluntad de uno o ambos componentes. Se trata de realidades distintas y, por tanto, las exigencias de una de ellas no han de trasvasarse a la otra, a pesar de sus analogías y conexiones, mientras la ley no lo establezca<sup>7</sup>.

---

5 El art. 61 de la Constitución venezolana de 1961 no permite discriminación alguna por razón de sexo.

6 El art. 137 y 139 del Código Civil venezolano limitan, respectivamente, el deber de socorro mutuo y asistencia recíproca al matrimonio.

7 El art. 140 del Código Civil venezolano alude para la institución del matrimonio a las decisiones relativas a la vida familiar, que serán adoptadas, por mutuo acuerdo, por los cónyuges y, que, aunque no lo diga expresamente la Ley, deberán atenerse al denominado interés de la familia.

Lo mismo cabría decir en torno a la fidelidad entre los esposos, cuya transgresión puede implicar una causa legal de separación. Es en este apartado donde a juicio de algunos reside la diferencia fundamental entre las uniones matrimoniales y las de hecho, ya que en las primeras sí que existe una obligación de fidelidad, mientras que en las segundas, el libre nacimiento de la situación y su posible disolución automática por decisión unilateral podría privar a estas modalidades de convivencia de ese compromiso y esa obligatoriedad a la fidelidad<sup>8</sup>.

En cuanto a la obligación de vivir juntos, considerada como pieza básica de la institución matrimonial (si bien cada vez resulta más dificultoso su cumplimiento, por razones económicas y laborales) la unión de hecho requiere este elemento como esencial para su conformación<sup>9</sup>.

Es decir, la imposición en bloque a la figura de la familia de hecho del esquema matrimonial implicaría su matrimonialización, sin tener en cuenta la imperatividad que supondría para la pareja, que ya, desde un principio, no admite voluntariamente someterse a tal modelo matrimonial.

Por tanto, las obligaciones personales que surjan del pacto serían incoercibles, difícilmente exigibles jurídicamente, mientras no exista una disposición legislativa que así lo declare, sin perjuicio de que pueda asegurarse su cumplimiento por medio de una cláusula penal, a modo de garantía, que podría ser moderada, en todo caso, por los Tribunales.

En cuanto a los pactos reguladores de la economía de la unión, al no poder acceder al Registro de la Propiedad, carecerían de virtualidad y efectos respecto de terceros. Para su estudio, me remito al tratamiento del régimen económico de la unión, que se detallará suficientemente, planteando todos los problemas que puedan surgir de tal situación fáctica.

## **PARENTESCO Y ALIMENTOS**

Desde la perspectiva civil, *de lege data*, la unión de hecho no genera parentesco entre la pareja, ni natural, ni civil, ni por afinidad. Ello no

---

8 El art. 137 del Código Civil venezolano impone esta obligación exclusivamente a los cónyuges.

9 El art. 137 del Código Civil venezolano obliga a los cónyuges a vivir juntos, y el art. 140 a decidir su domicilio conyugal.

impide que surja tal vínculo respecto de los hijos habidos en la pareja, cuya filiación será extramatrimonial, con unos efectos legales iguales a los derivados de la filiación matrimonial, consecuencia de la equiparación producida con rango constitucional<sup>10</sup>.

Mientras la Ley no le conceda virtualidad, los vínculos entre los afectados no pueden residir en la esfera del parentesco. Lo cual no impide que si tal reconocimiento legal llega a tener consagración, como de hecho ocurre en algunas legislaciones, el vínculo que surja entre los miembros de la pareja sea propiamente de parentesco<sup>11</sup>.

Respecto a los alimentos entre parientes, la unión marital de hecho no hace surgir tal derecho reconocido por la Ley. Evidentemente, este derecho tendría plena eficacia para los hijos nacidos de la unión, respecto de sus progenitores.

No obstante, podría pactarse la creación de esa obligación, o bien fijar su cuantía por la vía de la indemnización de los daños morales que uno haya podido haber causado al otro. Sin lugar a dudas, tales soluciones se apoyan en la equidad que debe presidir el funcionamiento de las relaciones jurídicas, de manera que la parte más desprotegida pudiera contar con este recurso alimenticio, con base en la desigualdad material y económica existente entre los convivientes.

No se puede olvidar al respecto que una obligación moral puede devenir en obligación natural (que sería exigible por la sola voluntad del deudor, sin que pudiera ejercitarse ningún poder coactivo ni jurídico para compeler a su cumplimiento), y adquirir a su vez, transformándose, la categoría de deber jurídico por la vía del reconocimiento judicial, como de hecho se ha producido en algún caso concreto<sup>12</sup>.

---

10 El art. 74 de la Constitución venezolana establece: "La maternidad será protegida, sea cual fuere el estado civil de la madre. Se dictarán las medidas para asegurar a todo niño, sin discriminación alguna, protección integral, desde su concepción hasta su completo desarrollo, para que éste se realice en condiciones materiales y morales favorables".

11 Supuesto de la legislación colombiana.

12 Véase la Sentencia del Tribunal Supremo español de 17 de octubre de 1932.

**FILIACIÓN Y PATRIA POTESTAD**

Los hijos comunes de la pareja serán no matrimoniales, si bien los efectos serán los mismos que si fueran matrimoniales, por la equiparación legal conferida a ambas modalidades de filiación.

No obstante, en la unión de hecho no jugaría la presunción legal de paternidad existente para el caso de matrimonio, si bien la convivencia haría relativamente fácil la prueba de paternidad.

A tal fin, puede actuar de forma determinante la inscripción de la unión de hecho en un Registro creado al efecto, que dulcificará, sin duda, los problemas de la prueba de convivencia<sup>13</sup>.

Por lo que se refiere a la materia de filiación, las legislaciones tienden a equiparar la unión de hecho con el matrimonio en lo concerniente a la procreación por inseminación artificial<sup>14</sup>, esto es, con técnicas de reproducción asistida, autorizando a tales uniones a acceder a este tipo de prácticas en las mismas condiciones que las uniones matrimoniales, dando a entender que la ciencia y sus innovaciones tecnológicas no cuestionan temas de orden moral o religioso, sino que ponen al servicio de la sociedad sus adelantos e investigaciones.

En suma, en materia de relaciones paternofiliales, la equiparación entre los padres unidos en matrimonio y aquellos que no lo están, es completa sobre la base del principio de igualdad de los hijos, que prohíbe cualquier discriminación por razón de la filiación.

---

13 Existen Registros administrativos de uniones de hecho en algunos Ayuntamientos españoles, si bien sus efectos son meramente administrativos, pero, por el momento, no son civiles.

14 La Ley sueca de 22 de diciembre de 1984, en su art. 2, dispone: "La inseminación sólo se podrá realizar cuando la mujer esté casada o cohabite con un hombre en condiciones semejantes al matrimonio...". En el mismo sentido, art. 152, 2 de la Ley francesa de 29 de julio de 1994, y el art. 2, 2 de la Ley noruega de 12 de junio de 1987. No ocurre así en la Ley española de Técnicas de Reproducción Asistida Humana, de 22 de noviembre de 1988.



## ADOPCIÓN

La equiparación de las filiaciones comprende, además de la matrimonial y extramatrimonial, a la adoptiva<sup>15</sup>. Consecuencia de todo ello, en la línea que venimos apuntando, las legislaciones han procedido a permitir que las uniones de hecho puedan acceder al sistema adoptivo, y ver así colmadas sus pretensiones, bien por imposibilidad de engendrar, bien por su ánimo benefactor, ante los abandonos de niños existentes.

Por tanto, no hay impedimento previo para que la pareja no casada pueda ser adoptante. De hecho, en la práctica, muchas legislaciones así lo concretan<sup>16</sup>. Sin embargo, en el caso de la legislación venezolana pareciera deducirse de su Código Civil que no se prohíbe que sean personas distintas del matrimonio las que adopten, aun cuando premia a éste habilitando a los esposos para adoptar con seis años de matrimonio sin hijos, si han cumplido treinta años y no cuarenta, como es la regla general<sup>17</sup>. No obstante, la Ley de Adopción de 1983, sólo habilita a los cónyuges para adoptar conjuntamente<sup>18</sup>, por lo que la mencionada norma, dado su carácter de *lex specialis et posterior* en relación con la ambigüedad del Código Civil, prevalece sobre éste y, en consecuencia, excluye a la unión de hecho como posible pareja adoptante.

En todo caso, en el proceso de la adopción, se deberá calibrar y valorar la situación de la pareja, puesto que las circunstancias de la misma determinarán el beneplácito de las autoridades sobre la propia adopción. Factores como cierta inestabilidad o excesivo relajamiento en el cumplimiento de las funciones familiares, podrían ser una traba insuperable a la hora de la viabilidad de la adopción pretendida. En este caso, como si se tratara de un matrimonio, las condiciones no aconsejarían que la adopción se consumara, toda vez que el interés del menor es el que debe primar y ser considerado con carácter prevalente.

---

15 El art. 829 del Código Civil venezolano equipara los hijos adoptivos a efectos sucesorales.

16 Este es el caso de la Disposición Adicional Tercera de la Ley española de Adopción, que reforma el Código civil, con fecha de 11 de noviembre de 1987.

17 Art. 246 del Código Civil venezolano.

18 Art. 2 de la Ley de Adopción de 18 de agosto de 1983.

## RÉGIMEN ECONÓMICO

En virtud del principio de la autonomía de la voluntad los interesados pueden regular sus relaciones patrimoniales, sin otras limitaciones que las atribuibles a todo contrato, es decir, que no contravengan ni a la ley, la moral o el orden público, por lo que no podrán atentar contra los derechos fundamentales de cada uno de los convivientes<sup>19</sup>.

Si no existe pacto, se han esgrimido diversas teorías que pueden explicar las soluciones posibles en el momento de la liquidación de la situación de convivencia, que nosotros analizaremos y trataremos de explicar:

a) Aplicación analógica de las normas del matrimonio. A pesar de que no existe igualdad entre las situaciones de las uniones matrimoniales y las no matrimoniales, en la legislación venezolana, por medio de la interpretación doctrinal y jurisprudencial (Sala de Casación de lo Civil) del art. 767 del Código Civil, se apunta y mantiene en el aspecto del régimen económico la analogía de la comunidad concubinaria con la comunidad de gananciales, puesto que en ambos casos nos hallamos en presencia de una sociedad universal de ganancias y, aunque con carácter general, esta modalidad de sociedad universal está prohibida, se establece expresamente la excepción a la constituida entre cónyuges<sup>20</sup>. Si partimos de la analogía entre la comunidad concubinaria y la de gananciales entre los esposos, podemos aplicar extensivamente esta excepcionalidad del matrimonio de la sociedad universal de ganancias a la procedente de la comunidad concubinaria.

---

19 La práctica notarial francesa ha impuesto el convenio denominado tontine, en virtud del cual la adquisición realizada por ambos convivientes de hecho, generalmente bienes inmuebles, supone que, en caso de muerte de uno de ellos, el sobreviviente se erige en propietario de la totalidad del bien.

20 Art. 1650 del Código Civil venezolano. El art. 148 del Código Civil venezolano dicta que "entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio", lo cual nos permite deducir que, salvo pacto en contrario, son comunes por mitad las ganancias o beneficios que se obtengan durante la unión concubinaria y, por tanto, el paralelismo patrimonial que existe entre la comunidad concubinaria y la sociedad conyugal. El art. 150 remite la regulación de esta comunidad a las reglas del contrato de sociedad.

En consecuencia, si un pacto remite a las reglas del matrimonio, admitiremos la validez del mismo y la aplicación de los criterios matrimoniales<sup>21</sup>. Es más, en el caso nacional venezolano, aun cuando no exista pacto al respecto, el art. 767 del Código Civil presume la existencia de la comunidad concubinaria y, según jurisprudencia consolidada, los lineamientos de la misma van a ser iguales a los de la comunidad de gananciales entre esposos, es decir, se produce la asimilación y equiparación ex lege del régimen patrimonial de la comunidad concubinaria entre personas no casadas integrantes de una unión de hecho y la comunidad de gananciales fruto del matrimonio, que comenzará, por analogía ex art. 149 del Código Civil, el día de inicio de la unión.

De manera que, cuando menos en el orden económico, la equiparación es viable con la comunidad de gananciales, pues el art. 164 del Código Civil permite deducir que el patrimonio de la comunidad se reputa común. Y esta declaración expresa, que no presunta, permite actuar con arreglo a las normas de la comunidad de gananciales para establecer los efectos económicos de la pareja de hecho. Una consecuencia de esta declaración es que, con base en el principio de subrogación de los bienes, los que sean consecuencia o deriven de bienes comunes o privativos de uno de los miembros, seguirán ese tratamiento y, además, los frutos, rentas e intereses devengados durante la comunidad, procedentes de los bienes comunes o de los particulares de cada miembro de la pareja, serán comunes y pertenecerán a la comunidad, lo mismo que los obtenidos por industria, profesión, oficio, sueldo o trabajo de alguno de los miembros de la comunidad, y los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común (ex art. 156 del Código Civil).

No se puede alegar la superioridad jurídica del matrimonio, de modo que este principio anterior, propio del mismo, no se pueda trasladar a las uniones concubinarias, pues, aun admitiendo este principio, la simple declaración legal del art. 767, para los efectos económicos, es argumento bastante para sostener y defender la equiparación, y no una pretendida recompensa a la figura del matrimonio frente a la unión de hecho.

---

21 En Suecia, se opta en la normativa legal por la aplicación de las reglas del régimen de separación.

No es admisible el alegato de que la consideración de los frutos del matrimonio se hagan comunes es una consecuencia del art. 156, 3 del Código Civil, que regulado en sede de matrimonio, debe ser aplicado en exclusiva a esa institución a modo de premio, puesto que, aun considerando la interpretación restrictiva de ese precepto, es el propio Código, en su art. 767, el que nos legitima para sostener la interpretación extensiva y unificadora, con base, fundamentalmente, en el principio de la *lex specialis*, que representaría este art. 767, frente al del art. 156, 3.

b) Aplicación de las reglas de la comunidad de bienes no matrimonial. Esta tendencia también ha sido cuestionada por adolecer de la voluntad de hacer comunes determinados bienes, requisito necesario e imprescindible para entender que se había creado la referida comunidad.

c) Aplicación de las reglas de la sociedad, ya sea civil o mercantil. En general, la falta de alguno de los elementos básicos del contrato de sociedad, como la puesta en común de bienes y el ánimo de lucro, implica que no podamos sostener tal tesis. Además, la experiencia dicta que en la mayoría de las ocasiones los convivientes prefieren mantener su independencia económica.

Ello no impide que se pueda afirmar, en supuestos específicos, que ha existido una sociedad particular sobre determinados bienes que han sido gestionados en común, o se han ostentado en común durante la convivencia. En tal situación, se exigirá también una voluntad inequívoca de los interesados de hacer comunes los ingresos y ganancias durante la estancia común, tales como la aportación patrimonial o de industria al negocio.

Incluso, no sería descartable el concepto de sociedad mercantil, aunque fuera de naturaleza irregular, puesto que por consecuencia del esfuerzo mutuo, en actividades comerciales coincidentes e integradas en un hacer conjunto dentro del operar comercial, se hubiera generado un patrimonio comunal.

d) Aplicación de las reglas del enriquecimiento injusto. Si una convivencia ha producido un enriquecimiento a una de las partes a costa de la otra, la perjudicada tiene derecho a que los daños le sean resarcidos. Esto es, concurren los requisitos de la teoría del enriquecimiento sin causa: acción u omisión, enriquecimiento de una de las partes, empobrecimiento de la otra, relación de causalidad entre uno y otro, e

inexistencia de responsabilidad por el que sufre el perjuicio. No se trata de liquidar un régimen inexistente, sino de aplicar directamente los principios generales del Derecho de obligaciones, con la agravante de que en esta situación de hecho no surgen débitos de asistencia mutua, como ocurre en el matrimonio. De ahí, que se deban reclamar las compensaciones correspondientes a los perjuicios causados.

Tema distinto es el relativo a la responsabilidad por deudas derivadas de la gestión doméstica. En la línea sostenida con anterioridad, si entendemos que la comunidad concubinaria participa en el terreno patrimonial de las notas y efectos de la comunidad de gananciales predicable del matrimonio, concluiremos que tales gastos caen bajo la esfera de los denominados gastos imputables a la propia comunidad, esto es, son gastos y cargas comunes, a costa del caudal comunitario<sup>22</sup>.

En este punto sería oportuno traer a colación el principio de la equidad como base de actuación. Siguiendo este criterio, se puede alegar un reconocimiento de cierta solidaridad de la pareja para atender a sus necesidades, con una traducción directa en la imposición del deber de contribución generado por la existencia de la misma, con semejanza y ligazón a las cargas matrimoniales, con una solución que tendría que descansar en la proporcionalidad de los recursos económicos de cada uno de los convivientes, a falta de convenio, y considerando como dicha contribución el trabajo de uno de los dos para la casa, que dará derecho a compensación fijada por el Juez, una vez concluida la convivencia.

Respecto a la liquidación de la situación patrimonial originada por la unión de hecho, dependerá, sin duda, de la posición doctrinal que adoptemos en cuanto a su naturaleza jurídica, según hemos visto con anterioridad.

Si concebimos la unión de hecho como una sociedad particular, podría aplicarse las reglas del contrato de sociedad, cuando haya quedado establecido que entre los concubinos ha existido una sociedad, aunque ésta fuera nula: recuperadas las aportaciones, se procede al reparto del activo; la solución más justa es el reparto por mitad.

---

22 Art. 165, 5 del Código Civil venezolano: "Son de cargo de la comunidad: El mantenimiento de la familia y la educación de los hijos comunes y también los de uno solo de los cónyuges en los casos en que tienen derecho a alimentos".

Distinta es la solución si hablamos de una sociedad universal, en donde sería más justo el reparto proporcional a lo aportado por cada uno de los convivientes, pues de lo contrario, cabría el perjuicio para los herederos de uno de los convivientes.

Si consideramos que nos hallamos ante un supuesto de comunidad de hecho, tanto los bienes muebles e inmuebles seguirán siendo de propiedad separada de uno y de otro, como los esposos con separación de bienes o dos amigos que vivan juntos; pero puede decirse que son bienes indivisos de los dos, sujetos a un reparto en especie, bien los hayan adquirido en común, bien con ahorros comunes, bien los que no puede determinarse a quién pertenecen.

Partiendo de la teoría del enriquecimiento injusto, se ha de evitar el enriquecimiento de uno a costa del otro, por lo que habrá de valorarse dicho enriquecimiento, que deberá ser correlativo con el empobrecimiento del perjudicado, siempre que entre estas dos situaciones exista una relación de causa-efecto, y no se origine por culpa del agraviado. Por tanto, se ha de resarcir al perjudicado, de forma que resulte indemne de su posición jurídica anterior al hecho productor del desequilibrio patrimonial acaecido.

Problema interesante es el que se refiere al de la cesación de la convivencia entre los afectados, cuáles sean sus consecuencias jurídicas, y su traducción en la práctica. En una primera aproximación al problema, cabría apuntar que, sobre las pautas de la equidad, podría exigirse una compensación económica por el empeoramiento de la situación patrimonial de uno de los convivientes respecto del otro.

Si existe pacto, será respetado, sin perjuicio de que sean los jueces quienes moderen su cuantía en atención a las circunstancias del caso.

En otro caso, también puede sostenerse la indemnización cuando exista necesidad por parte del que no hubiera provocado la extinción de la relación, tomando como referencia el criterio de las obligaciones naturales que, sobre la base del deber moral, devienen y se convierten en una obligación jurídica.

En uno y otro supuesto; se exigirá la concurrencia de una serie de requisitos, sin los que no operará la citada compensación: desequilibrio económico de uno con relación al otro; y empeoramiento de su situación anterior a la época de convivencia.

No obstante, dada la equiparación propiciada por el art. 767 del Código Civil venezolano, podría aplicarse la distribución del caudal con arreglo a las reglas de la liquidación y división de la comunidad de gananciales<sup>23</sup>, puesto que la presunción de pertenencia de los bienes de la comunidad por mitad de ambos miembros de la misma, más que del propio art. 767 del Código Civil, puede colegirse del art.760<sup>24</sup>.

Asunto específico es el que se refiere a la atribución del uso de la vivienda en la crisis de la pareja no casada. En primer lugar, habrá que estar a lo que pacten las partes interesadas. Es la solución más simple y, a la vez, menos problemática.

Sin embargo, su escasa utilización implica el que se propongan otra serie de soluciones a propósito.

Una de ellas puede ser la matrimonialización del problema, esto es, aplicar las reglas del matrimonio. Ya hemos excluido esta solución como regla general, por tratarse de dos realidades bien distintas, sin perjuicio de que puedan ser tenidas en cuenta por existir intereses análogos, cuales son los de los hijos, que han de protegerse y cuidar, con independencia de su filiación y la forma de organización familiar de sus progenitores<sup>25</sup>.

De ahí, que se puedan proponer otras posibles soluciones<sup>26</sup>. Una de ellas reside en el principio de responsabilidad civil, reconociendo al conviviente perjudicado por la ruptura de la unión la correspondiente indemnización, siempre que la cesación sea fruto de una actitud unilateral

---

23 El art. 148 del Código Civil venezolano dicta que “entre marido y mujer, si no hubiere convención en contrario, son comunes por mitad, las ganancias o beneficios que se obtengan durante el matrimonio”. El art. 150 remite la regulación de esta comunidad a las reglas del contrato de sociedad. En lo relativo a la división de la comunidad de gananciales, se observará lo dispuesto en materia de partición hereditaria (art. 183).

24 “La parte de los comuneros en la cosa común, se presume igual, mientras no se pruebe otra cosa. El concurso de los comuneros, tanto en las ventajas como en las cargas de la comunidad, será proporcional a las respectivas cuotas”.

25 El art. 191 del Código Civil venezolano atiende a las necesidades y circunstancias del caso para la atribución de la vivienda familiar a uno de los cónyuges y, en igualdad de circunstancias, se pronuncia por el criterio del cónyuge a quien se confiare la guarda de los hijos.

26 La legislación sueca atribuye el uso de la vivienda al conviviente más necesitado.

y caprichosa. La forma de recompensar este perjuicio originado puede traducirse en la atribución del uso de la vivienda en favor del agraviado.

También se ha recurrido al argumento del enriquecimiento sin causa, a falta de otros apoyos legales, para justificar la atribución del uso de vivienda de la pareja al conviviente no titular cuando se produce el cese de la relación.

Se trata, pues, de arbitrar un sistema basado en la equidad que venga a liquidar una situación de hecho, intentando evitar un desequilibrio económico que haga más sangrante los efectos de la separación.

### **DERECHOS SUCESORALES**

En primer lugar, estableceremos un principio básico que podrá ser objeto de matizaciones y modulaciones en casos concretos y especiales: no existen derechos sucesorios legales o abintestato entre los convivientes<sup>27</sup>, si bien la libertad del causante permite que se disponga a favor de su pareja por vía testamentaria<sup>28</sup>.

Para ello, se parte del argumento de que tales derechos exigen ex lege el vínculo matrimonial como razón de ser y reconocimiento. Existen, sin embargo, algunas legislaciones que conceden tales derechos sucesorios legales al conviviente sobreviviente, tales como la guatemalteca, la israelí, o británica, entre otras.

No obstante lo afirmado, pasaremos a analizar diversos supuestos que plantean ciertas dudas doctrinales y que se prestan al debate y la polémica.

En conexión estrecha, aunque al margen de los derechos sucesorios, podemos analizar el caso concreto de la denominada pensión de viudedad, ubicada más bien en el campo de las prestaciones sociales públicas. El Tribunal Constitucional español, en jurisprudencia ya reiterada

---

27 El Código Civil venezolano en su art. 824 reconoce al cónyuge viudo derechos sucesorios en la misma proporción que a cada uno de los hijos reconocidos.

28 Sin embargo, el art. 6 de la Ley colombiana de 28 de diciembre de 1990 atribuye a los herederos de cualquiera de los compañeros permanentes la facultad de pedir la liquidación de la sociedad patrimonial y la adjudicación de los bienes.



y consolidada<sup>29</sup>, deniega el derecho a la pensión de viudedad para el conviviente supérstite, pues la titularidad del citado derecho requiere que el beneficiario de la misma hubiera contraído legítimo matrimonio con el causante.

Sin embargo, la protección del conviviente perjudicado debe residir en razones de necesidad, con independencia de la existencia o no del vínculo matrimonial. Por todo ello, el punto central de la argumentación no nos ha de conducir a la equiparación entre el matrimonio y la unión de hecho, puesto que son dos realidades distintas, sino en la necesidad digna de protección, interés jurídico relevante que ha de ser tenido en consideración.

En suma, se ha de pensar en la posible extensión de la pensión de viudedad a la pareja de hecho, siempre que se sustente en una necesidad patente y manifiesta, si bien habrá que hacer frente a problemas de índole presupuestaria para dar cobertura a tal aspiración.

---

29 Sentencia de 15 de octubre de 1990, ratificada por otras posteriores (STC 126/1994): Continúa el Alto Tribunal alegando que la convivencia «more uxorio» no está garantizada expresamente con rango constitucional, por lo que, sumado a razones de certidumbre y seguridad jurídica, así como la decisión libremente adoptada de excluir la relación matrimonial y los derechos y deberes que de ella se derivan, sustentan la denegación mantenida por la jurisprudencia de la pensión de viudedad, respecto de las uniones de hecho.

El Tribunal no se plantea la necesidad de que se produzca la extensión aludida, con base en que ni la normativa de nuestro entorno, ni los Convenios internacionales son pródigos en el reconocimiento de la pensión de viudedad en las relaciones estables de hecho.

A pesar de que existan excepciones a este criterio adoptado, según el cual no se exige el matrimonio para contar con tal derecho (Resolución 97 de la O.I.T. en la Conferencia de Filadelfia; Código de Lovaina de 1997), el propio Tribunal entiende que tales textos tienen carácter orientativo, con utilidad interpretativa, pero no vinculante o de obligado seguimiento. En la línea observada por el Tribunal Constitucional, la sentencia de 26 de abril de 1994 declara que no se extingue la pensión de viudedad por la convivencia extramatrimonial del sobreviviente posterior al fallecimiento del causante, entendiendo que la futura relación es irrelevante respecto del derecho nacido ex ante de una relación matrimonial.

No obstante, en determinadas ocasiones, la convivencia extramatrimonial es relevante y significativa, como es el caso de extinción de la pensión de separación o divorcio por convivir maritalmente con un tercero. Es decir, si tal circunstancia es tenida en cuenta para restringir derechos, no resultaría descabellado apreciar la misma circunstancia para consecuencias ventajosas o favorables.

Para avanzar en tales pretensiones se ha de comenzar con un reconocimiento normativo de las uniones de hecho. A partir de este estadio, podría derivarse el derecho a percibir una pensión de mera supervivencia en favor de la persona que hubiera mantenido una prolongada convivencia con el causante.

### **DERECHOS INQUILINARIOS**

En el terreno de las posibles subrogaciones en la posición jurídica del arrendatario o inquilino por muerte de éste<sup>30</sup>, se plantea si el derecho concedido al cónyuge pudiera ser extendido al conviviente, tanto inter vivos como mortis causa.

El Tribunal Constitucional español con fecha de 11 de Diciembre de 1992 declaró la inconstitucionalidad del antiguo art.58 de la L.A.U., que sólo atribuía tal derecho subrogatorio al cónyuge del arrendatario.

Con base en tal pronunciamiento judicial la nueva legislación ha optado por extender la protección a la persona que hubiera convivido maritalmente con el inquilino, incluso, con independencia de su orientación sexual<sup>31</sup>.

Se exige, por tanto, una convivencia habitual, continua, sin que sea preciso que ésta fuera pública y socialmente conocida.

### **CONCLUSIÓN**

A pesar de que la pretendida equiparación o asimilación de la comunidad concubinaria con el matrimonio dista mucho de convertirse

---

30 El art. 1603 del Código Civil venezolano niega la resolución del contrato de arrendamiento por muerte del arrendatario, con lo que aquí jugaría el derecho sucesorio del cónyuge y su posible extensión al miembro de la pareja concubinaria.

31 Art. 12, 4 de la Ley española de Arrendamientos Urbanos de 24/11/1994: "Lo dispuesto en los apartados anteriores será también de aplicación en favor de la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la del cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores...". El mismo criterio sigue por subrogación en la muerte del arrendatario (art.16,1, b).

en una realidad, sobre todo en materias tales como lo referente al parentesco y el derecho de alimentos (si bien en este último caso podría argumentarse su reconocimiento con base en razones de equidad), o a la adopción (aun cuando algunas legislaciones permiten que así sea para las uniones de hecho), defendemos que, en contra de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, el venezolano permite a partir de lo previsto para el régimen patrimonial de la pareja su tendencia a confluir con la institución del matrimonio. Esta materia, la económica, que presenta razones suficientes para su equiparación al matrimonio, como se ha tratado de explicar con anterioridad, se erige en el punto de partida en el camino al reconocimiento y no discriminación de la unión de hecho, en la cual alguno de sus integrantes puede resultar gravemente perjudicado y desprotegido ante el Derecho. Esta estimación puede suponer el espaldarazo y aliento necesario para que a la unión de hecho, en otros temas concretos, en los que gravita sobre algún miembro de la pareja el riesgo del desamparo y carencia de derecho alguno (tal como sucede, de manera flagrante, en el terreno sucesoral) se le pueda conceder un tratamiento tendente a la asimilación con el matrimonio.

# **El constitucionalismo venezolano y la Constitución de 1999\***

Jesús María Casal H.\*\*

## **I.- INTRODUCCIÓN AL CONSTITUCIONALISMO**

### **1.- Balance constitucional**

#### **1.1.- Las grandes líneas de la evolución constitucional en Venezuela**

La evolución constitucional venezolana comienza con la aprobación de la primera de nuestras Constituciones, primera también en Iberoamérica<sup>1</sup>, la Constitución de 1811. Su aprobación, el 21 de diciembre de ese año, fue el punto culminante del proceso que condujo a la declaración de Independencia del Reino de España. A partir de entonces se abre una era, que llega hasta nuestros días, en la que han sido promulgados veintiséis Textos Constitucionales, entre las cuales con frecuencia no ha existido continuidad jurídica, al haber sido el resultado de golpes de Estado o de sedicentes Revoluciones.

- \* Estudio elaborado a solicitud del Instituto Iberoamericano de Estudios Constitucionales (Valencia/España).
- \*\* Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela, actual decano de la Facultad de Derecho de la referida Universidad.
- 1 Si dejamos de lado el napoleónico Estatuto de Bayona de 1808 y los antecedentes del constitucionalismo portugués.

Si analizamos globalmente nuestro devenir histórico-institucional, e intentamos establecer los periodos que lo conforman, encontramos que las dos grandes alternativas a la que cada ciclo histórico ha debido dar respuesta son la del constitucionalismo o la autocracia, por un lado, y la del centralismo o el federalismo, por el otro. Esta afirmación nos obliga a aclarar de una vez que el constitucionalismo, entendido como la opción por el Estado constitucional de Derecho, no ha coincidido con la sucesión de Textos Constitucionales que en cada etapa han tenido vigencia. A menudo éstos han sido un mero ropaje formal dirigido a reforzar, más que a legitimar, un proceso personalista de dominación, que excluye la alternancia y la disidencia. De ahí que Ambrosio Oropeza, al estudiar nuestra evolución constitucional haya sostenido que el criterio fundamental para la clasificación histórica de las instituciones políticas en Venezuela, más importante incluso, en su opinión, que el de la organización político-territorial, sea el de su sometimiento a los principios básicos del Estado constitucional. En este sentido, afirma:

la división en Estado constitucional y Estado autoritario por lo que respecta a la forma de la institución, responde a un concepto preciso, a una vivencia claramente definida, a una realidad política que abarca cada uno de los momentos o períodos de la historia venezolana. No se trata, pues, de formas de gobierno o regímenes políticos que puedan ser monárquicos o republicanos parlamentarios o no. No se atiende en la división propuesta a los modos o maneras como se ejerce el poder público con predominio del jefe del Estado o de asambleas deliberantes, sino al título o credencial que exhiben los agentes del poder para el ejercicio de sus funciones y para reclamar la obediencia de los ciudadanos. En ese sentido, o los gobernantes existen y actúan de acuerdo con una ley suprema ordinariamente contenida en un documento escrito que se llama Constitución, y, por consiguiente, el Estado es constitucional y democrático, o, por lo contrario, el poder público se ejerce por quienes no invocando ninguna ley previa libremente consentida por el pueblo, imponen un orden y una subordinación social construidos sobre el fundamento de una voluntad personalista y despótica. Es el Estado autoritario, que abarca los más largos períodos de la historia venezolana y que postula como su nombre lo indica el absolutismo, el caudillismo, la autocracia<sup>2</sup>.

---

2 Oropeza, Ambrosio, *La nueva Constitución venezolana*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1981., p. 16.

Compartimos en lo esencial esta perspectiva. Al respecto, si examinamos nuestras instituciones políticas desde la consolidación de Venezuela como República independiente y soberana, en 1830, observamos que el modelo del Estado constitucional pudo regir, básicamente, entre 1830 y 1847; entre 1864 y los comienzos de la década siguiente; entre 1936 y 1948, y desde 1958 hasta nuestros días.

Con todas las matizaciones que haya que hacer y sin pretender emitir una valoración, nuestra evolución como nación independiente ha estado signada por ciclos recurrentes de completo dominio del escenario político por un determinado líder, que encarna los valores fundamentales del régimen. En ocasiones esta forma personal de ejercicio de la autoridad ha estado justificada por el peculiar contexto histórico, como sucedió en los periodos en los que Bolívar debió concentrar el poder, para consolidar militarmente la independencia del país, primero, y luego para intentar mantener la unidad de la Gran Colombia. Algunos han ido más lejos y han pretendido explicar el caudillismo con apoyo en una interpretación positivista de nuestra Historia que haría al “Gendarme” necesario.

No entraremos en estas disquisiciones. Es indudable en cualquier caso que la guerra de independencia y la orfandad institucional del país en su primera andadura facilitó la instauración del caudillismo, el cual no ha sido un obstáculo insuperable, conviene apuntarlo, para la adopción del modelo del Estado constitucional –más allá de lo formal si bien con obvias limitaciones–, como ocurrió entre 1830 y 1847. Así, pues, el caudillismo no siempre ha coincidido con la autocracia, aunque normalmente ha desembocado en ella.

La alternativa entre el federalismo o el centralismo ha signado también nuestra evolución político-constitucional. Desde los albores de la República surgieron discrepancias en torno a la idoneidad de cada una de esas formas de Estado para encauzar nuestro proceso político. En 1811, bajo la influencia del modelo norteamericano pero también con apoyo en la innegable realidad sociológica de un país integrado por Provincias que sólo desde 1777 conformaron una unidad político-militar, se acogió el modelo federal. Posteriormente Bolívar atribuiría el fracaso de la primera república, entre otros factores, como la Presidencia colegiada (triumvirato), precisamente a la adopción del esquema federal, no apropiado para las exigencias de una nación en guerra. Al instalarse el

Congreso constituyente de 1830, tras la disolución de la Gran Colombia, el tema de la forma de Estado se plantea como una de las decisiones políticas fundamentales que debían ser tomadas y, ante las diversas posiciones defendidas, se adopta una fórmula de compromiso: la fórmula centro-federal. Para algunos, el “federalismo-centralista que se previó en el texto de 1830, en todo caso, es el que de hecho o de derecho hemos tenido hasta la actualidad, en nuestra historia político-institucional”<sup>3</sup>.

Ese pacto centro-federal tuvo relativa aceptación hasta que las diferencias entre el partido liberal y el conservador, propiciadas por el resquebrajamiento de los pilares del orden político instaurado, se hicieron insalvables. La ruptura del equilibrio democrático alcanzado se produce a causa del gobierno autocrático de Monagas, entre cuyas ejecutorias sobresale el asalto (“fusilamiento”) al Congreso, el 24 de enero de 1848, en el cual la oposición tenía una importante representación. En virtud de una ocasional alianza entre los dos partidos en liza, Monagas es defenestrado y se elabora la Constitución de 1858, que, si bien mantiene el esquema centro-federal, introduce significativos elementos de federalismo. Sin embargo, no fue acogida la “federación” como forma de Estado, lo cual fue aducido por los liberales, que no habían conseguido participación suficiente en el gobierno, para justificar la guerra que azotaría al país durante cinco años, desde 1859 hasta 1863 (la Guerra Federal). Una vez finalizada, se promulga una nueva Constitución, la de 1864, que adopta plenamente el sistema federal.

Pero ni ésta ni las sucesivas Constituciones que proclamaron la federación encontrarán realización efectiva, lo que justifica la aseveración antes citada. Incluso, en el primer tercio del siglo XX, durante la hegemonía de Juan Vicente Gómez, el Estado es resueltamente centralista y, a partir de allí, en la aplicación de la fórmula centro-federal la balanza se inclinará siempre hacia el primero de los extremos. Ello se vio reflejado en el plano jurídico formal, ya que el Texto Fundamental de 1925, pese a no haber abandonado la fórmula federal, menoscabó severamente el *status* de los Estados como miembros de la Federación, hasta el punto que se ha sostenido que “marcó el inicio del fin del federalismo en Venezuela”<sup>4</sup>.

---

3 Brewer-Carías, Allan, *Instituciones Políticas y Constitucionales*, Caracas/San Cristóbal, EJV/UCAT, 1985, T. I, p. 82.

4 *Cfr.* Brewer-Carías, *op. cit.*, p. 126 y ss.

En este orden de ideas, es preciso observar que el carácter constitucional o no del régimen político instaurado en cada periodo histórico no ha guardado relación directa con la otra disyuntiva de nuestro proceso histórico: centralismo o federalismo. Aunque sí cabe afirmar que fue durante la fase de afianzamiento de la democracia, que se inicia en 1958, cuando el federalismo llegó a prometer un significativo desarrollo, el cual en la actualidad se encuentra un tanto comprometido, como luego veremos.

Aparte de las dos grandes alternativas de nuestra evolución institucional arriba referidas, son dignas de mención algunas constantes históricas de ese proceso. En primer lugar, el carácter republicano del gobierno, que se ha mantenido inalterado desde 1811 y, en segundo lugar, la lucha por el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales de la persona.

Los derechos y libertades públicas han ostentado, desde la gestación misma de nuestro constitucionalismo, un papel capital. Antes incluso de la aprobación de la Constitución de 1811, el Congreso electo popularmente que asumió funciones constituyentes adoptó, emulando a los revolucionarios franceses, una Declaración de los Derechos del Pueblo. Igualmente, dicha Constitución, después de enumerar los “derechos del hombre” reconocidos y garantizados, prescribió rotundamente, poniendo de manifiesto las bases liberales del movimiento independentista, que:

Para precaver toda transgresión de los altos poderes que nos han sido confiados, declaramos: que todas y cada una de las cosas constituidas en la anterior declaración de derechos, están exentas y fuera del alcance del Poder general ordinario del gobierno, y que conteniendo o apoyándose sobre los indestructibles y sagrados principios de la naturaleza, toda ley contraria a ellas que se expida por la Legislatura federal, o por las Provincias, será absolutamente nula y de ningún valor (art. 199).

Esta pre- y supraestatalidad de los derechos esenciales de la persona se hace patente también en la apertura de nuestros Textos Constitucionales a derechos distintos a los reconocidos en la Constitución, prevista constitucionalmente a partir de la Carta de 1858 y que alcanza su máxima expresión en el artículo 50 de la Constitución de 1961, el cual reza:



La enunciación de los derechos y garantías contenida en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Esta adhesión a los derechos fundamentales marcó también el desarrollo del proceso constituyente recientemente vivido por Venezuela, ya que en las bases de la convocatoria de la Asamblea Constituyente, aprobadas mediante referendo popular, se estableció que uno de los límites de las facultades de esta Asamblea –los cuales no se hallaban en la Constitución que iba a ser reemplazada porque la convocatoria se realizó al margen de sus procedimientos de revisión–, eran precisamente los derechos humanos. Ello resulta corroborado, además, por la regulación que los derechos humanos reciben en la nueva Constitución.

## 1.2.- Clasificación histórica de las Constituciones venezolanas

Es imposible incluir en este estudio un análisis de nuestros Textos Constitucionales, ni siquiera de los principales. Nos limitaremos a clasificarlos en atención al ciclo político al que pertenecen<sup>5</sup>.

- *Constituciones del proceso independentista y de la Gran Colombia:* 1811, 1819, 1821.
- *Constituciones del ciclo de los Generales José Antonio Páez y José Tadeo Monagas y de los partidos liberal y conservador:* 1830, 1857 y 1858.
- *Constituciones de la federación y del ciclo de Antonio Guzmán Blanco:* 1864, 1874, 1888, 1891, 1893
- *Constituciones del ciclo de Cipriano Castro y Juan Vicente Gómez:* 1901, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929, 1931
- *Constituciones de la transición a la Democracia:* 1936, 1945
- *Constitución de la dictadura de Marcos Pérez Jiménez:* 1953
- *Constituciones de la Democracia:* 1947, 1961, 1999.

---

5 Para esta clasificación hemos tomado como referencia la de Brewer-Carías, Allan, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

Al exponer esta clasificación esquemática de las Constituciones venezolanas importa aclarar que en muchas ocasiones los textos aprobados eran simples reformas o modificaciones puntuales a la Constitución anterior, como sucedió con la reforma constitucional de 1857, cuyo propósito fundamental era permitir la reelección presidencial de José Tadeo Monagas. Por ello, si ensayáramos una división de nuestras Constituciones desde un punto de vista material, que destacara los documentos matrices de sucesivas reformas, su número se reduciría en una medida no despreciable. Si el criterio fuese el de la trascendencia de la Constitución en perspectiva histórico-política habría que mencionar las de 1811, 1830, 1864 y 1961.

### **1.3.- La evolución político-constitucional en la segunda mitad del siglo XX**

Dada la relevancia de la segunda mitad del pasado siglo para la comprensión de la actual situación constitucional debemos referirnos, así sea someramente, al desarrollo del Estado constitucional desde 1947. Tras el golpe de Estado del 18 de octubre de 1945, se convoca a elecciones para la integración de una Asamblea Nacional Constituyente, las cuales, por primera vez en nuestra historia, fueron realmente universales, al permitirse la participación de la mujer. La Constitución aprobada por dicho cuerpo en 1947, estuvo impregnada de espíritu democrático y social, y configura al Estado como un Estado social y democrático de Derecho. La forma algo hegemónica en que el partido mayoritario (Acción Democrática-AD) empleó el enorme apoyo recibido en las elecciones para la integración de dicha Asamblea y, luego, en las elecciones presidenciales contribuyó, junto con las pretensiones del sector castrense, al deceso de ese ordenamiento constitucional. Su vigencia fue, en efecto, efímera, pues el golpe militar del 24 de noviembre de 1948 abrió las puertas a un ciclo dictatorial que se prolongó hasta 1958, dentro del cual fue promulgada, en 1953, una constitución-fachada emanada de una Asamblea espuria.

Pero el ideario democrático no se extinguió y pudo ser recuperado el 23 de enero de 1958, después de la caída de la dictadura. La necesidad de levantar el edificio democrático sobre bases sólidas impuso un espíritu de consenso, una voluntad de integración de las distintas fuerzas políticas en la construcción de la Democracia. Este espíritu de consenso quedó

plasmado en el Pacto de Punto Fijo, suscrito el 31 de octubre de 1958 por los líderes de los tres partidos políticos más importantes del momento (AD, COPEI y URD), mediante el cual acordaron mantenerse unidos en la defensa de la Democracia, y se comprometieron a procurar la participación de todos los partidos signatarios en el gobierno que sería constituido después de las elecciones, cuyos resultados estaban obligados a respetar.

Ese espíritu de concordia prevaleció igualmente en el proceso de gestación de la nueva Carta Magna, en cuya elaboración también intervinieron otras agrupaciones políticas, de inspiración marxista, como el Partido Comunista de Venezuela y el Movimiento de Izquierda Revolucionaria. La disposición a la transacción y el acuerdo caracterizó ese proceso, sin perjuicio de la existencia de diferencias de principio entre los partidos intervinientes que no pudieron ser superadas durante su desarrollo. El Texto sancionado en 1961 responde en sus principios fundamentales al esquema de la Constitución de 1947: se consagra un Estado democrático de Derecho. También está presente en la Constitución la orientación social de la Carta de 1947, pero con moderación y con uso frecuente de fórmulas de compromiso entre una visión socialista y otra liberal sobre el papel del Estado en la economía.

Sobre estas bases y tras superar, en la década de los sesenta, escollos vinculados a la violencia política de grupos de izquierda y a sonadas militares, la democracia se desenvuelve saludablemente, sobre todo cuando se produce la alternancia con el principal partido de oposición (Partido Socialcristiano-COPEI), al resultar electo Rafael Caldera presidente de la República en 1968. El sistema democrático se consolida, como lo ponen de manifiesto los índices de participación electoral en los lustros sucesivos, superiores al noventa por ciento (90 %).

En el aspecto económico-social, el Estado, con apoyo en la renta petrolera, se erige en principal actor de la economía, en lo público y en lo privado. Es un Estado multifacético que se presenta ejerciendo funciones de regulación, distribución y fomento, a la vez que actúa como Estado empresario en distintas áreas de la economía, entre las que sobresale la explotación del hierro y los hidrocarburos. Es, en lo social, un Estado paternalista, que procura paliar con la riqueza petrolera las debilidades de una economía excesivamente dependiente de la exportación de una sola materia prima.

A partir de la década de los ochenta comienza a producirse una desmejora en la situación económica que la renta petrolera había contribuido artificialmente a mantener, y se aprecia, en lo político, un enquistamiento de las instituciones. La alternancia entre AD y COPEI se percibe como una alianza tácita que no deja espacios para la participación de otros partidos políticos. Los mismos partidos mayoritarios pierden dinamismo y anclaje social, y las grandes decisiones políticas se adoptan no de manera transparente y abierta, sino entre los máximos dirigentes de esos dos partidos. Tales partidos, además, se apropian de toda la institucionalidad, lo que adquiere especial gravedad en el ámbito de la administración de justicia. Esto aunado a las sospechas de corrupción y otros cuestionamientos éticos que recaen sobre quienes ejercen la jefatura del Estado o sus colaboradores. Muchas voces plantean la necesidad de introducir importantes reformas institucionales, para dinamizar el sistema político. Algunas de las propuestas entonces formuladas prosperan, como la aprobación parlamentaria, en 1988, de la elección popular de los Gobernadores de Estado. Pero al iniciarse el año siguiente, y tras la pomposa ceremonia de asunción de la Presidencia por Carlos Andrés Pérez, suceden en Caracas y otras ciudades del país acontecimientos que repercutieron en una medida no despreciable en el devenir nacional.

El 27 de febrero de 1989, habitantes de los suburbios de la capital y de barriadas caraqueñas, con motivo del aumento de las tarifas del transporte público, realizan actos de saqueo sobre supermercados y demás comercios en busca de alimentos y otros productos. El gobierno no reacciona a tiempo y la situación se hace inmanejable para la policía, lo que le lleva a suspender ciertas garantías constitucionales y a ordenar la intervención de las Fuerzas Armadas. La reacción de los militares resulta excesiva y se producen hechos de violencia que afecta la vida de numerosos venezolanos, muchos de ellos indefensos. No es pertinente entrar a examinar las causas de estos acontecimientos, pero sin duda tuvieron incidencia en el desarrollo del proceso político, tal vez no tanto por lo que ellos representaron para la opinión pública, cuanto por la función simbólica que habrían de desempeñar.

La situación económica continúa deteriorándose y el propio sistema político luce descompuesto. Las propuestas de reforma se extienden al orden constitucional y se creó una Comisión Bicameral (Comisión Caldera) encargada de la "Revisión Constitucional", la cual culminó sus labores en

1992, aprobando un proyecto de reforma general de la Constitución cuyos objetivos fundamentales eran los siguientes: complementar la democracia representativa con instituciones de la democracia participativa como los referendos; consagrar constitucionalmente los avances del proceso de descentralización; ampliar el catálogo de libertades públicas e incluir la institución del Defensor del Pueblo; permitir la participación de la sociedad civil organizada en el procedimiento de selección de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y acelerar la reforma judicial. Más aún, a raíz de la intentona golpista del 4 de febrero de 1992, encabezada por Hugo Chávez Frías y otros militares de mediana jerarquía, se incluyó en el proyecto la figura de la Asamblea Constituyente como mecanismo de cambio constitucional.

Sin embargo, ni este proyecto ni ninguna otra propuesta de reforma política pudo cristalizar, por la falta de voluntad transformadora o por lo menos reformista de los partidos dominantes. Los intentos de golpe militar del 4 de febrero y del 27 de noviembre de 1992, que no generaron rechazo popular y que dieron lugar a que las deficiencias institucionales fuesen colocadas en la palestra de la discusión pública, sumados a la inercia institucional y a la destitución de Carlos Andrés Pérez de la Presidencia en 1993, bajo sospecha de corrupción administrativa, agravaron la crisis política.

Ello explica que en las elecciones presidenciales de 1998 haya vencido la opción electoral representativa de la franca ruptura con lo existente. Ruptura que tenía su principal expresión en la promesa de consultar al pueblo, mediante referendo, sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente, con base no en la Constitución entonces vigente, que no preveía esta modalidad de cambio constitucional, sino en el poder constituyente originario del pueblo. El pueblo manifestó por una franca mayoría su voluntad favorable a la convocatoria de tal Asamblea, con lo cual nos situamos en los antecedentes inmediatos del orden constitucional hoy vigente, los cuales serán analizados en el siguiente apartado.

## **2.- El proceso constituyente y la Constitución de 1999**

La principal bandera electoral del hoy presidente de la República, Hugo Chávez Frías, fue la transformación de las estructuras políticas mediante la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, cuya

misión consistiera no sólo en elaborar una nueva Constitución, que debería ser sometida a ratificación popular, sino también en adoptar, desde su instalación, medidas dirigidas a impulsar los cambios institucionales, afectando, de ser preciso, el funcionamiento o la existencia misma de los órganos ordinarios del poder público. La propuesta de transformación se presentó como un instrumento para la profundización de la democracia política y social, que acabaría con la dominación de los partidos representantes del Pacto de Punto Fijo y con los males que éste habría llevado aparejados. Los planteamientos referidos al contenido mismo del nuevo marco constitucional, que fueron dejados en un segundo plano, se correspondían en parte con los objetivos del proyecto de reforma general de la Constitución aprobado por la Comisión Caldera, aunque introdujeron otros elementos como la creación del poder moral (instancia contralora) y del poder electoral (organización electoral); el propósito de revisar ciertos excesos desarticuladores del proceso de descentralización en curso, y la promesa de instaurar una República Bolivariana, inspirada en el ideario del Libertador.

La victoria de Hugo Chávez en los comicios de diciembre de 1998 fue ya, en el orden político, una manifestación tácita de voluntad favorable a la convocatoria de la Asamblea Nacional constituyente, lo cual seguramente influyó en la resolución del primer problema jurídico-constitucional que enfrentó la propuesta chavista: ¿Era constitucionalmente lícito consultar al cuerpo electoral, con arreglo al artículo 181 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política –que permitía someter a referendo consultivo asuntos de interés nacional–, sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, pese a no estar contemplada en la Constitución que se pretendía reemplazar?. Esta cuestión empezó a debatirse mucho antes de la celebración de las elecciones; en foros y otros escenarios fueron esgrimidas razones favorables o contrarias a tal forma de convocatoria. Pero la última palabra correspondió a la Corte Suprema de Justicia, cuya Sala Político-Administrativa decidió de manera unánime, en sendas sentencias del 19 de enero de 1999, que sí era lícito hacerlo.

El fallo que explicó pormenorizadamente los fundamentos de tal decisión, dictado con ponencia del magistrado Humberto J. La Roche, invocó el poder constituyente originario del pueblo, que concebido como “previo” y “total”, podía en cualquier momento irrumpir para pronunciarse

sobre temas no regulados en la Constitución. Se adujo, además, que tal consulta representaría un ejercicio del derecho fundamental a la participación política en los asuntos públicos, en la modalidad de “derecho al referendo”, que no debía ser obstaculizado por los poderes constituidos. El resultado de la consulta, cuyos efectos no estaban fijados en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, sería, por las razones señaladas, vinculante para los órganos del poder público. La máxima instancia judicial del orden constitucional que iba a ser defenestrado abrió así las puertas al proceso revolucionario en curso, tal vez bajo la premisa de que ello permitiría su desarrollo pacífico.

Al conocerse la sentencia se abrió una gran incertidumbre política: ¿Qué órgano, entre los facultados por la Ley precitada, instaría al Consejo Nacional Electoral para que efectuara la consulta popular? ¿El Congreso o el Ejecutivo Nacional? El partido de gobierno no contaba con mayoría en dicho Congreso, porque sus miembros, en virtud de una maniobra fraguada en la primera mitad de 1998 para evitar el “portaaviones” presidencial, habían sido elegidos un mes antes que el Presidente, en un proceso comicial más condicionado por la simultánea elección de los Gobernadores de Estado que por la figura del todavía candidato presidencial.

Chávez ofreció al Congreso un plazo de tres semanas desde su instalación para que efectuara la consulta y definiera sus términos, lo que presuponía un acuerdo entre todas las fuerzas políticas, pero de manera sorpresiva adelantó la convocatoria y la efectuó el 2 de febrero de 1999, día de su toma de posesión. Para justificar esta decisión adujo que la oposición estaba diseñando una estrategia dirigida a desnaturalizar el referendo constituyente, cuestión que nunca fue corroborada.

Resuelto ya el tema de la realización de la convocatoria al referendo, se entró en una nueva disputa, esta vez relativa al contenido del mismo. La sentencia antes citada del 19 de enero había establecido que la consulta popular que fuere efectuada con base en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y en la Constitución no debía tener carácter plebiscitario. Sin embargo, el Decreto Presidencial en el que se instaba al Consejo Nacional Electoral para llevarla a cabo y se indicaban sus términos, incluía una segunda pregunta según la cual el pueblo autorizaría al presidente de la República para fijar las bases del proceso constituyente

en ciernes –en lo concerniente a los aspectos electorales y al alcance de la actuación de la Asamblea–, oídos los distintos sectores del país (Artículo 3º del Decreto Presidencial Nº 3, del 2 de febrero de 1999). Tras una impugnación ejercida con éxito, fundada esencialmente en el carácter plebiscitario del Decreto, en lo que respecta a esa segunda pregunta, y en el desconocimiento del derecho a la participación política (sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 18 de marzo de 1999), el Presidente propuso las bases del proceso constituyente (llamadas bases comiciales), las cuales debían ser sometidas a la aprobación del pueblo.

Lo más resaltante de tales bases “comiciales” fue que, además de precisar el número de los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente (131), el régimen aplicable para su elección (sistema mayoritario en circunscripciones plurinominales estadales y nacional; y elección de 3 representantes de las comunidades indígenas de acuerdo con sus tradiciones) y la duración de sus deliberaciones (un máximo de 180 días), preveían el sometimiento del Texto Constitucional a la aprobación popular, e indicaban la naturaleza de los poderes de dicha Asamblea y sus límites, en estos términos:

Una vez instalada la Asamblea Nacional Constituyente, como poder originario que recoge la soberanía popular, deberá dictar sus propios estatutos de funcionamiento, teniendo como límites los valores y principios de nuestra historia republicana, así como el cumplimiento de los tratados internacionales, acuerdos y compromisos válidamente suscritos por la República, el carácter progresivo de los derechos fundamentales del hombre y las garantías democráticas dentro del más absoluto respeto de los compromisos asumidos.

No obstante, la referencia al carácter “originario” de la Asamblea motivó una nueva impugnación, que fue resuelta favorablemente por la Corte Suprema de Justicia. Para el Máximo Tribunal tal alusión vulneraba la sentencia dictada por esta misma instancia, en Sala Político-Administrativa, el 18 de marzo, al desconocer la sujeción del proceso en curso a la Constitución de 1961.

Con esta modificación, la consulta finalmente se realizó el 25 de abril, resultando aprobada la convocatoria por abrumadora mayoría. Las elecciones para la integración de la Asamblea Nacional Constituyente se efectuaron el 25 de julio y los partidos miembros de la alianza



progubernamental obtuvieron más del noventa y cinco por ciento (95%) de los escaños. Esta enorme representación del sector chavista no reflejaba fielmente la voluntad del electorado, que había destinado más de un treinta por ciento (30%) de los votos a candidatos extraños a tal alianza. Este sobredimensionamiento del voto progubernamental obedeció a razones vinculadas tanto al sistema electoral escogido como a la forma en que se abusó del mismo para sacarle el máximo “rendimiento”.

Una vez instalada, la Asamblea Constituyente se declaró originaria, con la intención de legitimar la adopción de medidas de aplicación inmediata (llamadas “actos constituyentes”) que afectarían la esfera de competencias de los órganos ordinarios del poder público. Así quedó plasmado en el artículo 1º de su Estatuto de Funcionamiento, conforme al cual:

Artículo 1º. *Naturaleza y Misión.* La Asamblea Nacional Constituyente es la depositaria de la voluntad popular y expresión de su soberanía con las atribuciones del poder originario para reorganizar el Estado Venezolano y crear un nuevo ordenamiento jurídico democrático. La Asamblea, en uso de las atribuciones que le son inherentes, podrá limitar o decidir la cesación de las actividades de las autoridades que conforman el Poder Público.

Su objetivo será transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que garantice la existencia efectiva de la democracia social y participativa.

Párrafo Primero: Todos los organismos del Poder Público quedan subordinados a la Asamblea Nacional Constituyente, y están en la obligación de cumplir los actos jurídicos estatales que emita dicha Asamblea.

Párrafo Segundo: La Constitución de 1961 y el resto del ordenamiento jurídico imperante, mantendrán su vigencia en todo aquello que no colida o sea contradictorio con los actos jurídicos y demás decisiones de la Asamblea Nacional Constituyente.

La aprobación de este artículo marcó el inicio de una etapa del funcionamiento de la Asamblea centrada en la ratificación, reorganización o intervención de los poderes constituidos. En este sentido, la Asamblea dictó, entre otros, los siguientes actos:

- Decreto por el cual Hugo Chávez Frías fue ratificado en la Presidencia de la República (9 de agosto de 1999, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela -G.O.- 36.761, del 10 de agosto).

- Decreto por el cual se declara la reorganización de todos los órganos del poder público (12 de agosto de 1999, publicado en la *G.O.* 36.764, del 13 de agosto)
- Decreto sobre la “Regulación de las funciones del Poder Legislativo” (25 de agosto de 1999, publicado en la *G.O.* 36.772, del 25 de agosto), reformado el 30 de agosto (*G.O.* 36.776, del 31 de agosto).
- Decreto sobre la “Reorganización del Poder Judicial” (19 de agosto de 1999, publicado, después de una reimpresión por error de copia, en la *G.O.* 36.782, del 8 de septiembre).

El Decreto sobre la “Regulación de las funciones del Poder Legislativo”, que restringía severamente el funcionamiento y las competencias del Congreso de la República, fue impugnado ante la Corte Suprema de Justicia, la cual desestimó el recurso interpuesto aduciendo que la Asamblea Nacional Constituyente, al igual que los actos emitidos por ésta, tenían carácter supraconstitucional, por lo que su validez no podía ser medida con base en la Constitución aún vigente (sentencia del 6 de octubre de 1999). Sus únicos límites serían los señalados en las bases comiciales.

En cuanto a la tarea fundamental de la Asamblea Nacional Constituyente, elaborar una nueva Constitución, las deliberaciones plenarias y el trabajo en Comisiones finalizaron el 17 de noviembre, cuando fue firmado el texto aprobado. Durante los dos meses y medio que efectivamente fueron destinados a la preparación de la Constitución se desarrolló un proceso contradictorio, que tenía, en relación con un sector del país, un carácter excluyente, como consecuencia del ánimo revolucionario imperante y de las medidas adoptadas por la Asamblea, mientras que hubo apertura para la participación de la sociedad civil organizada. En cuanto al ritmo de las discusiones y a la profundidad del debate, es lamentable que las deliberaciones se hayan desarrollado de manera atropellada, con el único propósito de que el referendo aprobatorio se pudiera celebrar a fines de 1999, siendo que las bases comiciales permitían a la Asamblea sesionar hasta culminar el mes de febrero del año 2000.

El referendo aprobatorio de la Constitución, celebrado el 15 de diciembre de 1999, arrojó un resultado abiertamente favorable, y la Constitución entró en vigor el día de su publicación en Gaceta Oficial, el

30 de diciembre. Tras la aprobación popular de la Constitución, y antes de su vigencia, la Asamblea dictó un Decreto sobre el “Régimen de Transición del Poder Público” (22 de diciembre de 1999, publicado, después de una reimpresión por error de copia, en la *G.O.* 36.859, del 29 de diciembre), el cual estableció disposiciones transitorias relativas al ejercicio del poder público desde la entrada en vigencia de la nueva Constitución y hasta la integración de los órganos supremos del Estado de acuerdo con los procedimientos contemplados por ésta. Además, mediante ese Decreto fueron designados los miembros de la Comisión Legislativa Nacional, (órgano deliberante y legislativo transitorio), del Tribunal Supremo de Justicia, así como el Fiscal General de la República, el Defensor del Pueblo y el Contralor General de la República. Luego fueron designados los miembros del Consejo Nacional Electoral (Decreto del 23 de diciembre de 1999, publicado en la *G.O.* 36.857 del 27 de diciembre). La integración de estos órganos se efectuó, pues, al margen de las prescripciones de la nueva Constitución, ya que el texto sometido a aprobación popular no incluyó tal régimen transitorio sobre el ejercicio del poder público. Lo más grave no es, sin embargo, esta impropiedad técnica, sino la manera unilateral, sumaria y no participativa como se realizaron tales designaciones.

Los alcances de los cambios constitucionales introducidos por la nueva Constitución serán examinados en los próximos apartados.

## **II.- ORGANIZACIÓN DEL PODER**

### ***1. Estructura y dinámica de los poderes públicos***

#### **1.1 Sistema político**

Desde una perspectiva general pero al mismo tiempo fundamental, las bases de la organización jurídico-política en Venezuela se encuentran en el sistema democrático, que brinda legitimidad a las autoridades y determina la forma de ejercicio del poder. De ahí que la Constitución garantice el pluralismo político, la alternancia democrática, así como la libertad y universalidad del sufragio (arts. 2, 3, 5, 6, 62, y 63, entre otros).

La estructura política que se afianza sobre esos cimientos se configura como en Estado social y democrático de Derecho, cuyos órganos están

sometidos a la Constitución y a las leyes, a la vez que han de procurar la creación de condiciones adecuadas de vida para la población.

A este arquetipo respondía también la Constitución anterior, pero la de 1999 contiene dos innovaciones. La primera estriba en que el Estado es definido como un “Estado democrático y social de Derecho y *de Justicia*” (art. 2). Algunos han visto en esta caracterización del Estado el verdadero talón de Aquiles del Texto recién sancionado, al interpretarlo como una apelación a la resolución de los conflictos judiciales con base en criterios metajurídicos, que no invocarían a la ley como su fundamento sino a las convicciones del sentenciador. No creemos, sin embargo, que ése sea el alcance de tal inciso. La mención de la Justicia en dicho precepto sólo pretende complementar o explicitar, en modo alguno desplazar, los principios cardinales del Estado de Derecho. Se trata, a nuestro juicio, de una exhortación a la implantación del Estado material, no meramente formal, de Derecho, lo que implica considerar, junto a la ley e incluso por encima del texto legal, a los principios constitucionales y a los principios generales del Derecho.

La otra novedad radica en el elemento participativo que se incorpora en la estructura democrática, que se suma a la base representativa del sistema (arts. 5 y 6). Esto se pone de manifiesto en la regulación de diversas modalidades de referendo, que van desde el referendo revocatorio del mandato, pasando por los referendos legislativos, hasta los referendos constitucionales (arts. 71 y ss.; 340 y ss.). Expresión de ello es, igualmente, el establecimiento de instancias encargadas de postular a los integrantes de los órganos contralores del Estado, en las que se prevé la participación de distintos sectores de la sociedad (arts. 264, 279, 295 y 296).

## **1.2.- Sistema de gobierno**

La nueva Constitución, siguiendo nuestra tradición como nación independiente y ateniéndose a lo establecido en las bases comiciales, ratifica el carácter republicano de Venezuela. Además, refuerza la impronta presidencialista del gobierno, a pesar de que intenta tímidamente acrecentar los ribetes parlamentarios plasmados en el Texto de 1961, como luego veremos.

Ciertamente, en contra de lo que previamente se había anunciado, el presidente de la República no sufrió reducción alguna en las amplias

facultades que tradicionalmente le han sido conferidas en nuestro ordenamiento: es el Jefe de Estado y, como tal, conduce las relaciones internacionales y, a la vez, es jefe del Gobierno, por lo que dirige la acción gubernamental en sus distintas esferas, con el apoyo de los ministros y, a partir de ahora, del vicepresidente Ejecutivo. Esto aunado a su condición de Comandante en jefe de la Fuerza Armada Nacional. La creación del vicepresidente ejecutivo en nada altera el funcionamiento del gobierno, ya que el vicepresidente carece de virtualidad política propia, al ser designado por el presidente de la República y no requerir de la confianza del parlamento.

La Constitución propende, más bien, al fortalecimiento de la instancia presidencial, de la siguiente manera: se extiende a seis años el período del Presidente de la República y se permite la reelección inmediata (art. 230); se suprime el control del parlamento sobre los ascensos militares (331); se prevé la posibilidad de facultar al Presidente, mediante ley aprobada por las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, para dictar decretos-leyes, sin limitar las materias sobre las que puede recaer la habilitación o delegación (art. 203); y se frena el proceso de descentralización política (*Vid.* 1.3).

### **1.3.- Forma de Estado**

Antes nos referimos a la relevancia que en Venezuela ha tenido la definición de la forma de Estado, hasta el punto de haber motivado una guerra civil de larga duración. El Constituyente de 1961, consciente de la significación histórica de la proclamación del federalismo, acuñó, en el artículo 2 de Ley Fundamental de ese año, una fórmula ambivalente según la cual el Estado era federal pero en los términos establecidos por la Constitución, la cual, si bien daba al Estado una estructura federal o compuesta, atribuía escasas competencias a los Estados y no los dotaba de autonomía financiera. Con todo, dicha Constitución preveía la posibilidad de modificar, por ley especial, la forma de designación de los gobernadores de los Estados, que eran nombrados por el presidente de la República, así como de conferir a los Estados competencias del Poder Nacional. Con base en estas previsiones se desarrolló, a partir de 1989, un proceso de descentralización que estaba enriqueciendo la dinámica política y se perfilaba como la solución a muchos de nuestros problemas institucionales.

No obstante, algunas voces habían alertado sobre ciertos excesos que se estaban produciendo en ese proceso, relacionados con el clientelismo político surgido en torno a las instancias regionales de poder, y la falta de coordinación en el tratamiento de determinadas materias. Estas reservas se acrecentaron en los prolegómenos de la convocatoria del referendo constituyente y pesaron, junto a otras motivaciones, en la regulación final del tema federal en la Constitución.

En una primera fase parecía que la Asamblea Nacional Constituyente iba a consolidar e incluso a avanzar en la descentralización política, pero en la última fase de las deliberaciones fue alterada la orientación inicial y se desembocó en una normativa que en algunos aspectos reitera lo establecido en el Texto de 1961 o en las leyes dictadas con base en el mismo, mientras que en otros representa un franco retroceso. El Estado se sigue proclamando federal, pero no se garantiza la existencia de los actuales Estados, pues la división político-territorial es remitida a una ley orgánica; se elimina el Senado, que constituía, aunque tímidamente, una cámara de representación territorial; se suprime la participación de los Estados en los procedimientos de revisión de la Constitución; y se remite a una ley nacional la regulación de sus competencias impositivas.

De esta forma, la descentralización se ha visto cercenada, aunque existen en el nuevo texto disposiciones que permiten retomar la senda del federalismo, como el artículo 157, conforme al cual la Asamblea Nacional, por el voto de la mayoría de sus miembros, puede atribuir a los Estados materias de la competencia nacional, o como la disposición transitoria cuarta, que prescribe la promulgación de una ley sobre la hacienda pública estatal.

#### **1.4.- La organización del poder a nivel nacional**

##### **1.4.1.- Poder ejecutivo**

###### **1.4.1.1.- Composición**

El Poder Ejecutivo está integrado por el Presidente de la República, el Vicepresidente Ejecutivo, los Ministros, y los funcionarios de menor jerarquía determinados por la Constitución o la ley. Tanto el Vicepresidente Ejecutivo como los Ministros son de libre nombramiento y remoción del

Presidente. Dentro de la estructura del Poder Ejecutivo se inserta también la Procuraduría General de la República y el Consejo de Estado.

El Presidente y el Vicepresidente Ejecutivo, reunidos con los Ministros, conforman el Consejo de Ministros, al cual corresponde la adopción de las decisiones más trascendentales dentro de la esfera de competencia de esta rama del poder público.

La dirección del Poder Ejecutivo la ejerce el presidente de la República, el cual, como ya dijimos, es jefe de Estado y de gobierno. Es, además, Comandante en jefe de la Fuerza Armada Nacional y preside el Consejo de Defensa de la Nación (arts. 236, num. 5, y 323). El Presidente es electo por sufragio universal y directo, por mayoría relativa de votos, para un período de seis años, siendo reelegible de inmediato, por una sola vez.

Se prevé constitucionalmente el referendo revocatorio del mandato de las autoridades de elección popular, entre ellas el presidente de la República (art. 72). Para su convocatoria, que puede ser solicitada por el veinte por ciento (20%) de los electores, debe haber transcurrido la mitad del período para el cual fue electo, y el mandato se considera revocado si votan a favor de la revocatoria un número de electores igual o superior a los que lo eligieron, siempre que haya concurrido por lo menos el veinticinco por ciento (25%) de los electores inscritos. Esta regulación perfila al referendo revocatorio como poco operativo, pues es dificultoso cumplir con la iniciativa del veinte por ciento (20%) de los electores (2.000.000 de personas, aproximadamente), como también igualar o superar la votación favorable en su día obtenida por el presidente. Tal regulación contrasta en cualquier caso con la flexibilidad e incluso laxitud con que se tratan otras formas de referendo, como el referendo consultivo de efectos vinculantes o los referendos constitucionales, para los cuales no se requiere quórum alguno; igualmente, para la iniciativa del referendo nunca se exige la intervención de más del quince por ciento (15%) de los electores.

El vicepresidente ejecutivo suplir las faltas temporales del presidente de la República, así como su falta absoluta, si se produce en los dos últimos años del período presidencial (art. 233 y 234). Nos parece criticable que el vicepresidente ejecutivo, en cuya designación no participa ni el pueblo ni la Asamblea Nacional, esté llamado a suplir esta falta absoluta,

por un lapso que puede aproximarse a los dos años. Hubiera sido preferible prever que, en ese caso, la Presidencia la ejercería una persona electa por la Asamblea Nacional.

#### 1.4.1.2.- Facultades normativas

Las atribuciones normativas del presidente de la República pueden dividirse en dos categorías. La primera se refiere a la normativa de rango *legal*, mientras que la otra se contrae al plano *sublegal* o reglamentario.

En cuanto a la primera, sólo puede ejercerse, en situaciones de normalidad, previa aprobación de una ley habilitante por las tres quintas partes de los miembros de la Asamblea Nacional. Según el artículo 203, con base en tal ley habilitante el presidente se encuentra facultado para dictar decretos con rango y fuerza de ley (decretos-leyes), que deben atenerse a los parámetros necesariamente fijados por la ley de habilitación o delegación. El Texto Constitucional no precisa las materias susceptibles de esa habilitación o delegación legislativa, como sí lo hacía la Constitución de 1961 –la cual la circunscribía al ámbito económico-financiero–, lo que llevaría a pensar que puede recaer sobre cualquier materia. Estimamos, no obstante, que una lectura global del precepto citado, orientada por el principio democrático, conduce a una conclusión distinta.

El mismo artículo 203, al consagrar la figura de las leyes orgánicas, reserva a esta clase de leyes –que requieren del voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Asamblea Nacional al admitirse el proyecto respectivo– la organización de los poderes públicos y el desarrollo de los derechos constitucionales. Es obvio que estos conceptos no pueden ser interpretados extensivamente, pues se reduciría al mínimo el ámbito de la ley ordinaria, con la consecuente petrificación de la legislación, pero hay un núcleo material, tanto en lo dogmático como en lo organizativo, que sólo puede ser regulado por ley orgánica. Esta conclusión resultaría abonada, además, por el principio democrático, al ser el parlamento la instancia plural representativa de la soberanía popular. Contra el *telos* de esta interpretación conspiraría en apariencia la jurisprudencia de la extinta Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual es lícito facultar al presidente de la República, mediante ley habilitante de carácter orgánico, para modificar leyes de tal rango. Pero el nuevo marco constitucional, en el que el concepto de ley orgánico no es meramente formal, impide extrapolar ese criterio jurisprudencial.



Durante el receso de la Asamblea Nacional, en caso de urgencia comprobada, el Ejecutivo Nacional puede ser autorizado, por el voto de las dos terceras partes de los miembros de la Comisión Delegada, para crear, modificar o suspender servicios públicos (art. 196, num. 6), lo cual implícitamente lo faculta para dictar decretos-leyes en dicho ámbito.

Por otro lado, en situaciones de emergencia (estados de excepción) el Presidente ostenta la atribución de dictar decretos-leyes que restrinjan derechos o garantías constitucionales, pero estos Decretos deben ser sometidos a la consideración de la Asamblea Nacional, así como al examen de constitucionalidad de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. La Constitución excluye ciertas garantías de este poder extraordinario de restricción, y fija límites temporales y sustanciales para su ejercicio.(arts. 27 y 337 y ss.).

En cuanto a la normativa ejecutiva *sublegal*, la Constitución alude a los reglamentos dictados para desarrollar o facilitar la aplicación de una ley, los cuales en todo caso han de respetar su espíritu, propósito y razón (num. 1 del artículo 236).

#### **1.4.1.3.- Relaciones con las otras ramas del poder público**

El peso del Presidente de la República en nuestro sistema, al que ya nos hemos referido, explica su significativa influencia sobre los demás órganos del poder público. Además de su influencia política, ostenta importantes atribuciones que se extienden al ámbito de competencias de otros órganos. Así, puede dictar normas de rango legal, cuando haya sido habilitado para ello por la Asamblea Nacional; y está facultado para vetar las leyes que ésta sancione, aunque la decisión de la Asamblea finalmente prevalece sobre la del presidente (art. 214). Posee, además, iniciativa legislativa, que ejerce con bastante frecuencia en nuestro sistema, así como iniciativa para la convocatoria del referendo abrogatorio de leyes, en los términos del artículo 74 de la Constitución.

Igualmente, según la Constitución de 1999 el presidente está facultado para disolver la Asamblea Nacional, siempre que el vicepresidente ejecutivo haya sido removido en tres oportunidades dentro de un mismo periodo presidencial, en virtud de un voto de censura de la Asamblea Nacional (art. 240). Esta potestad carece, sin embargo, de relevancia práctica, pues la posibilidad de que la Asamblea alcance alguna

vez la mayoría exigida para remover al vicepresidente Ejecutivo (tres quintas partes de sus integrantes) es sumamente remota.

En la actualidad la importancia de la figura presidencial y su supremacía sobre cualquier otro factor de poder se explica, sin embargo, no tanto por la regulación constitucional vigente cuanto por su contexto político. Aún no ha cesado el régimen transitorio de los poderes públicos establecido por la Asamblea Constituyente y los titulares de los órganos encargados de velar por los equilibrios democráticos provienen de designaciones apresuradas y unilaterales efectuadas por una mayoría avasallante, fiel al presidente. Por ello resulta fundamental que la construcción de las nuevas instituciones se funde en procesos plurales, participativos y confiables.

#### **1.4.2.- Poder legislativo**

##### **1.4.2.1.- Composición**

La Constitución de 1999 contempla un parlamento unicameral (Asamblea Nacional), integrado por diputados electos, en cada entidad federal, por sufragio universal y directo, según una base de población del uno coma uno por ciento (1,1 %) de la población total del país. Además, cada entidad federal elige tres diputados adicionales a los que le correspondan conforme a esa base poblacional. Esto sumado a los tres representantes electos a nivel nacional por los pueblos indígenas, con lo cual el número de diputados asciende en la actualidad a ciento sesenta y cinco (165). Su mandato es de cinco años y se permite su reelección inmediata hasta por un máximo de dos periodos. La Constitución remite a la ley la regulación del referendo revocatorio del mandato de los miembros de la Asamblea u otros cuerpos colegiados.

La decisión del constituyente de abandonar el esquema bicameral de la Constitución de 1961 es, por distintas razones, criticable. Basta señalar que ello contradice el carácter federal del Estado, consagrado en el artículo 2 de la nueva Carta Magna, pues no existe una cámara de representación territorial, en la que los Estados tengan igual representación y mediante la cual participen en la legislación y en la adopción de las decisiones político-jurídicas más trascendentales, muchas de las cuales pueden afectarlos de manera directa. Para reducir los efectos negativos

derivados de la supresión del Senado se previó la elección de tres diputados en cada entidad federal, adicionales al número que resulte de la aplicación de la mencionada base de población, pero ello es obviamente insuficiente.

Desde el punto de vista político, la Asamblea Nacional está dominada por el sector oficialista, que cuenta con una holgada mayoría absoluta. Los partidos de gobierno, directamente comprometidos con la gestión del presidente Chávez –Movimiento Quinta República (MVR) y Movimiento al Socialismo (MAS)–, obtuvieron en las elecciones del pasado mes de julio casi el sesenta por ciento (60%) de los escaños. A esa mayoría segura pueden sumarse los tres representantes de los pueblos indígenas y los sendos diputados conseguidos por Patria para Todos (PPT) y Puama. Ello permitiría al chavismo alcanzar sin sobresaltos los votos requeridos para la aprobación de una ley habilitante (99), lo que aparentemente está en los planes presidenciales. Más difícil le resultará llegar a los ciento diez (110) votos necesarios para sancionar leyes orgánicas y para elegir a altas autoridades, como el fiscal general de la República, el contralor general de la República y el defensor del pueblo. Para lograrlo tendrá que procurar acuerdos con algún sector de la oposición; podría propiciar un acercamiento con Proyecto Venezuela (7 diputados). En este escenario seguramente jugarán un papel relevante organizaciones nuevas como Primero Justicia (PJ), que posee cinco diputados. Lucen más difíciles los acuerdos con Acción Democrática (AD), que continúa como principal partido de la oposición con casi treinta diputados.

En el cumplimiento de las funciones de la Asamblea Nacional, a las que luego nos referiremos, resulta capital el papel desempeñado por las comisiones. Estas pueden dividirse en comisiones permanentes, generales o especiales, y en comisiones temporales. La nueva Constitución, ante la tendencia hacia la proliferación de comisiones, limitó el número de comisiones permanentes, que no pueden ser más de quince, e impuso una mayoría calificada para su creación o supresión. Las comisiones temporales, de investigación o estudio, pueden ser creadas de acuerdo con los requisitos que fije el reglamento interno de la Asamblea Nacional.

#### 1.4.2.2.- Funciones

Las dos funciones básicas de la Asamblea Nacional son la producción legislativa y el control político sobre el gobierno y la administración. La primera la ejerce el parlamento a través de un procedimiento cuyas bases están establecidas en la Constitución y cuyos detalles se remiten al reglamento interno, aún no dictado. Cada proyecto de ley debe recibir por lo menos dos discusiones en plenaria, correspondiendo a las comisiones la parte fundamental del trabajo.

En cuanto a las clases de leyes previstas en la Constitución, una primera distinción se deriva de los artículos 202 y 203, que se refieren a las leyes pura y simplemente, por un lado, y a las leyes orgánicas y habilitantes, por el otro. Dado, no obstante, que la ley habilitante es una ley especial por su contenido pero no por su jerarquía o valor jurídico, la distinción se reduce a la de las leyes ordinarias y las leyes orgánicas.

Las leyes orgánicas eran concebidas, en la Carta de 1961, como instrumentos de jerarquía superior a las leyes ordinarias, que debían desempeñar una función de marco normativo. No se señalaban, sin embargo, de manera general las materias que estaban reservadas a esta categoría de leyes, sino se dejaba al arbitrio legislativo la determinación de las leyes que debían ostentar tal condición, con excepción de los supuestos en que la propia Constitución remitía a una ley orgánica la regulación de una específica materia.

La nueva Constitución intenta cambiar este sistema, orientándose hacia un criterio material de ley orgánica, pero lo hace parcial y equívocamente. Ahora coexiste el criterio preponderantemente formal con el material, pues junto a las leyes orgánicas que el parlamento califica como tales para que sirvan de marco normativo a otras leyes, y a las que la Constitución así denomina en disposiciones particulares (1), existen otras que lo son por regular la organización de los poderes públicos o el desarrollo de los derechos constitucionales (2). Esto puede conducir a un sobredimensionamiento del concepto de ley orgánica, con sus perversas consecuencias sobre la dinámica legislativa. Recuérdese que todo proyecto de ley orgánica, al igual que los proyectos de leyes de reforma de leyes orgánicas, debe ser admitido por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Asamblea Nacional, al iniciarse su discusión; sólo se exceptúa de esta votación calificada a los proyectos de leyes

orgánicas “por denominación constitucional”, es decir, aquellas que la propia Constitución califica como tales en preceptos especiales (p. ej., arts. 262, 273, y 292). A esto se une la falta de precisión por la Constitución de los efectos de la calificación de una ley como orgánica. Habrá que entender que en lo concerniente al primer grupo de leyes orgánicas el efecto de su calificación es su prevalencia sobre las leyes ordinarias, mientras que en relación con las demás lo determinante no es el principio de jerarquía sino el de competencia: sólo una ley que tenga esa condición puede abordar la materia cuya regulación le es atribuida por la Constitución.

Aparte de esta distinción fundamental, sigue abierta la posibilidad de considerar que existen en nuestro ordenamiento leyes constitucionales, tesis que en la actualidad se aplicaría al artículo 157 de la Constitución, que permite a la Asamblea Nacional atribuir a los estados o municipios materias de la competencia nacional.

La función contralora la desarrolla la Asamblea Nacional a través de diversos mecanismos: la interpelación de los ministros y el examen de la memoria y cuenta que anualmente deben presentar ante ella; las interpelaciones, preguntas y demás requerimientos de información sobre funcionarios ejecutivos; las investigaciones; las aprobaciones o autorizaciones; la declaración de responsabilidad política de funcionarios públicos y el voto de censura. La declaración de responsabilidad política, a que alude el artículo 222, no produce por sí sola ninguna consecuencia jurídica perjudicial sobre el funcionario afectado, aunque puede servir de base para que el Poder Ciudadano imponga una sanción administrativa, en los términos que establezca la ley de la materia. El voto de censura, si cuenta con el apoyo de las tres quintas partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, acarrea la remoción del ministro o del vicepresidente Ejecutivo, según el caso. Por la razón arriba mencionada dudamos de la operatividad de esta figura.

En cuanto a las investigaciones parlamentarias, importa aclarar que en nuestro sistema la función de investigación sobre la actividad del Ejecutivo no es exclusiva de las comisiones de investigación, ya que puede ser ejercida por las comisiones permanentes o por el pleno de la Asamblea o de la Comisión Delegada. Los elementos probatorios obtenidos

en cumplimiento de la función parlamentaria de investigación, tienen valor probatorio en los términos que fije la ley (art. 187, num. 3).

### **1.4.3.- Poder Judicial**

#### **1.4.3.1.- Principios**

El poder judicial se rige por los principios de independencia y de unidad de jurisdicción. La independencia es una condición fundamental para el desempeño de las funciones jurisdiccionales. La Constitución, además de proclamarla, intenta asegurarla al cifrar en un dos por ciento (2%) la participación mínima del sistema de justicia en el presupuesto ordinario nacional (art. 254). Además, se consagra la estabilidad de los jueces y la carrera judicial, produciéndose el ingreso a la carrera mediante concursos públicos de oposición (art. 255). Con el mismo propósito, aunque de manera excesiva, se prohíbe a los jueces, y demás funcionarios del sistema de justicia, no sólo el activismo político-partidista, sino también el gremial o sindical, llegándose a proscribir el ejercicio del derecho de asociación entre jueces (art. 256).

Pese a la ambigüedad terminológica de la Constitución, ésta garantiza la unidad de jurisdicción, sin perjuicio de la existencia de órdenes competenciales o jurisdiccionales especiales. Así, se prevé la jurisdicción contencioso-administrativa, la disciplinaria judicial, la penal militar y la justicia de paz, las cuales no son propiamente jurisdicciones separadas, sino ramas particulares de un único Poder Judicial y de una sola función jurisdiccional.

La consagración de la unidad de jurisdicción no impide a la Constitución reconocer e incluso promover las fórmulas alternativas de resolución de conflictos, como el arbitraje, la conciliación y la mediación (art. 258). Se salvaguarda, por otra parte, el derecho de los pueblos indígenas a tener sus propias instancias de justicia (art. 260).

#### **1.4.3.2.- Organización**

La nueva Constitución distingue entre el sistema de justicia y el poder judicial propiamente dicho. Con ello se intenta superar algunos de los vicios del pasado, en particular la ausencia de una perspectiva global sobre la organización y funcionamiento de la administración de justicia,

que tenga en cuenta no sólo la actuación de los tribunales sino que comprenda al Ministerio Público, a la Defensa Pública y a los subsistemas policial y penitenciario. De ahí que el artículo 253 incluya dentro del concepto de sistema de justicia, junto a los tribunales, al Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los abogados, la administración penitenciaria, los sistemas alternativos de resolución de conflictos, y los ciudadanos, en tanto participen en la administración de justicia como jurados o escabinos. Sin embargo, los propósitos del Constituyente no tuvieron concreción en la organización del sistema de justicia, pues no se creó ninguna instancia de coordinación entre los distintos actores del sistema.

A la cabeza del poder judicial se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, al cual compete no sólo la administración de la justicia como tribunal de máximo rango, sino también la dirección del poder judicial en lo administrativo y presupuestario, que ha de ejercer a través de una Dirección Ejecutiva de la Magistratura. A diferencia de lo previsto en la Constitución de 1961, no se separan las funciones de máxima instancia jurisdiccional, que ejercía la Corte Suprema de Justicia, de las de suprema instancia de gobierno del poder judicial, que desempeñaba el Consejo de la Judicatura. Esto para evitar una dualidad en el mando del poder judicial, que había generado muchos conflictos, sobre todo desde que se inició la reforma del poder judicial. En cuanto al control disciplinario sobre los jueces, se encomienda a tribunales especializados, que conforman la llamada jurisdicción disciplinaria judicial.

El Tribunal Supremo de Justicia se estructura en Salas: Plena, Constitucional, Político-Administrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social. La Sala Plena es la reunión de todos los miembros del Tribunal; las demás Salas tienen en la actualidad tres miembros, salvo la Constitucional que posee cinco. El número de los integrantes de las Salas y las atribuciones de cada una de ellas debe ser determinado por una ley orgánica que aún no ha sido dictada, sin perjuicio de la distribución de competencias realizada por la propia Constitución, a la cual luego nos referiremos, en lo que atañe a la Sala Constitucional.

Los magistrados del Tribunal Supremo son elegidos por la Asamblea Nacional, para un período de doce años, después de recibir postulaciones presentadas por un comité en el que tienen representación distintos

sectores de la sociedad. Pueden ser removidos por la Asamblea Nacional, por el voto de las dos terceras partes de sus miembros, en caso de falta grave, previa calificación de la falta por el Poder Ciudadano –al que seguidamente nos referiremos–, según lo establezca la ley (arts. 264 y 265). Es criticable esta facultad de la Asamblea Nacional, siendo ella objeto del control que dicho Tribunal ha de ejercer; esto atenta contra el principio de independencia judicial.

#### **1.4.3.3.- La reforma judicial**

Como componente fundamental del proceso de cambios institucionales vivido en el país, han sido adoptadas un conjunto de medidas dirigidas a adecentar un poder judicial que no era confiable, por su venalidad y por su dependencia de los partidos políticos. Aparte de las reformas introducidas por la nueva Constitución, como la supresión del Consejo de la Judicatura, instancia tradicionalmente dominada por AD y COPEI, la propia Asamblea Nacional Constituyente asumió desde su instalación la tarea de depurar el poder judicial. Con ese propósito dictó, el 19 de agosto de 1999, un Decreto de “Reorganización del Poder Judicial” (publicado, después de una reimpresión por error de copia, en la *G.O.* 36.782, del 8 de septiembre) y creó una Comisión de Emergencia Judicial (luego sustituida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial), la cual acordó la suspensión o destitución de muchos jueces del país y allanó el camino para la realización de los concursos públicos de oposición, en los que deben participar todos los jueces del país que quieran permanecer en sus cargos, salvo los que ya eran jueces titulares por haber superado los concursos efectuados con arreglo a la legislación anterior, previa evaluación de su desempeño.

Actualmente dichos concursos se encuentran en su primera fase, correspondiente al área Metropolitana de Caracas y al estado Miranda. Su realización está siendo organizada por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, que depende del Tribunal Supremo de Justicia, y es objeto de supervisión por la Comisión Coordinadora de Evaluación y Concursos para el Ingreso al Poder Judicial, instancia de carácter eminentemente técnico.



#### **1.4.4.- Control jurisdiccional de la constitucionalidad**

##### **1.4.4.1.- Rasgos generales del sistema venezolano de justicia constitucional**

El sistema venezolano de justicia constitucional se asienta sobre dos pilares fundamentales: el control de la constitucionalidad de las leyes y el amparo constitucional. En cuanto al control de la constitucionalidad de las leyes u otros actos dictados en ejecución directa de la Constitución, nuestro ordenamiento tradicionalmente admite tanto el control concentrado, ejercido por la máxima instancia judicial ordinaria –Tribunal Supremo de Justicia, según la Constitución vigente–, como el control difuso, encomendado a todos los jueces de la República. De ahí que nuestro sistema haya sido calificado como *mixto* o *integral*. Esta última caracterización nos parece la más apropiada, teniendo en cuenta la amplitud de nuestra justicia constitucional, que se pone de manifiesto en la existencia y en el alcance del amparo constitucional, como mecanismo de tutela judicial reforzada de los derechos fundamentales, y en las facilidades de acceso a la jurisdicción constitucional, mediante la acción popular de inconstitucionalidad contra leyes, que, como su nombre lo indica, puede ser intentada por cualquier persona.

Por lo que respecta al amparo constitucional, el mismo puede ser ejercido por cualquier persona natural o jurídica cuyos derechos constitucionales sean vulnerados por actos del poder público o de particulares. Los derechos tutelables son los regulados en la Constitución y los previstos en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela, que adquieren, en virtud del artículo 23 de la Carta Fundamental, valor constitucional. La competencia para conocer de la acción de amparo pertenece, por regla general, a los jueces de primera instancia con competencia general afin con el derecho lesionado o con el caso planteado.

Pese a la tradicional amplitud de nuestro sistema de justicia constitucional el mismo adolecía de dos deficiencias básicas: la inexistencia de un órgano judicial especializado en materia constitucional y la falta de articulación entre los componentes del “sistema”. La nueva Constitución intenta solventar ambos problemas.

#### **1.4.4.2.- Las reformas a la justicia constitucional introducidas por la nueva Carta Magna**

La Constitución de 1999 confirma los rasgos básicos de nuestra justicia constitucional (art. 334), pero procura dotar al sistema de mayor racionalidad y fortaleza. Para ello se crea la Sala Constitucional dentro del Tribunal Supremo de Justicia, a la que corresponde en exclusiva la declaratoria de la nulidad por inconstitucionalidad de las leyes u otros actos de igual rango, así como el control de las omisiones legislativas, y cuyas interpretaciones constitucionales vinculan a todos los jueces, incluso a las demás Salas del Tribunal Supremo (art. 335). Además, dicha Sala ostenta la facultad de revisar las sentencias dictadas por los jueces de la República en ejercicio de sus competencias en materia de amparo o de control difuso de la constitucionalidad (art. 336, num. 10). De esta forma se evitan interpretaciones contradictorias sobre el alcance de los derechos constitucionalmente reconocidos o sobre el ajuste de determinadas leyes a los preceptos constitucionales.

Una cuestión sumamente relevante, y aún no resuelta, suscitada por el nuevo marco constitucional, radica en el alcance de los poderes revisores de la Sala Constitucional, particularmente en lo que atañe a la posibilidad de que esta Sala revise sentencias dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia. El Texto Constitucional no dice nada al respecto, pero la Exposición de Motivos de la Constitución, publicada después de que el pueblo hubiere aprobado la Constitución mediante referendo, reconoce a tal Sala facultades para anular decisiones de las demás e incluso pretende equipararla a un Tribunal Constitucional. Este es uno de los temas que ha de abordar la ley orgánica de la jurisdicción constitucional, la cual debe ser sancionada por la Asamblea Nacional dentro del primer año siguiente a su instalación.

#### **1.4.5.- Otros órganos de control**

La nueva Constitución atribuye la función contralora, de manera específica, a un conjunto de organismos que integran el llamado Poder Ciudadano, el cual está compuesto por el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General de la República. Los máximos jerarcas de cada uno de estos organismos conforman el Consejo Moral Republicano, el cual ejerce el Poder Ciudadano (arts. 273 y ss.).

En una primera fase del proceso constituyente, y bajo la influencia del presidente de la República, quien presentó un anteproyecto de Constitución ante la Asamblea Nacional Constituyente, se preveía la creación de un Poder Moral. Posteriormente se adoptó la denominación de Poder Ciudadano y fue mejorada la formulación de sus atribuciones.

Además de las funciones particulares otorgadas a cada uno de los organismos mencionados, el Consejo Moral Republicano está facultado para formular advertencias a los órganos o funcionarios de la administración pública, en relación con el cabal ejercicio de sus atribuciones y el adecuado manejo de los recursos públicos, así como para imponer sanciones en caso de contumacia.

Al Ministerio Público corresponde el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública, la dirección de las investigaciones penales, y velar por el respeto de los derechos humanos en los procesos judiciales. La Defensoría del Pueblo ha de salvaguardar los derechos humanos frente a la actuación de la administración pública, y velar por el buen funcionamiento de los servicios públicos. A la Contraloría General de la República se encomienda la fiscalización sobre el uso de los bienes y recursos nacionales.

## **2.- Otros factores de poder**

### **2.1.- Actores internos**

Los principales factores de poder que no constituyen órganos del poder público son los partidos políticos, los sindicatos y la sociedad civil. Todos son reconocidos, de manera más o menos directa, por la Carta Fundamental.

La nueva Constitución no alude directamente a los partidos políticos, como sí lo hacía la Carta de 1961, sino utiliza un concepto más amplio, el de organizaciones con fines políticos (art. 67). Con ello se quiso extender las posibilidades de participación colectiva de los ciudadanos en los procesos electorales y en la acción política en general, lo cual también se explica por el descrédito de los partidos políticos. En la práctica, no obstante, el peso de la participación política sigue recayendo en los partidos políticos.

Las organizaciones con fines políticos son concebidas como una manifestación de la libertad de asociación y del derecho a la participación política, y la Constitución se preocupa por asegurar su funcionamiento democrático, en aspectos como la forma de elección de sus autoridades y candidatos a cargos de elección popular. Se prohíbe su financiamiento con fondos públicos.

Los sindicatos reciben protección constitucional, en cuanto concreción de la libertad sindical y por su importancia para la dinámica social. Se establecen normas orientadas a garantizar la vigencia de la democracia en su organización y funcionamiento (art. 95).

En cuanto a la sociedad civil, la Constitución abre múltiples canales para su intervención en los asuntos públicos. Además de las instituciones típicas de la democracia participativa, que permiten la participación política directa o semi-directa del ciudadano, se prevé la presencia de la sociedad en los comités que han de realizar las postulaciones de los candidatos a los cargos de Fiscal General de la República, Contralor General de la República, Defensor del Pueblo, Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y miembros del Consejo Nacional Electoral.

## **2.2.- Actores externos**

Por lo que respecta a los actores externos, entendidos como instancias de poder político-económico que influyen, por vías no siempre formales, en la toma de decisiones políticas, podemos mencionar, primeramente, a la comunidad financiera internacional. Nótese que Venezuela destina más del veinte por ciento (20%) de su presupuesto anual al pago del servicio de la deuda pública, la cual es fundamentalmente externa. Asimismo, Venezuela ha sido beneficiaria de planes de financiamiento del Fondo Monetario Internacional, el cual suele condicionarlos a la adopción de determinadas políticas macroeconómicas.

Es digna de mención igualmente la importante dependencia de la economía venezolana de la de los Estados Unidos de América, que es, con gran diferencia respecto de otros países del continente americano y del mundo, el principal destinatario de nuestras exportaciones y el principal proveedor de bienes para la importación (su participación tanto en las exportaciones como en las importaciones totales supera el 45%).

### **3.- Sistema electoral**

#### **3.1.- Bases constitucionales y legales**

En materia electoral, la Constitución de 1999 ratifica el carácter universal, directo, libre y secreto del sufragio. La universalidad del sufragio alcanza a los militares, que antes no gozaban del derecho al voto. Reitera además el principio de la representación proporcional, contemplado en los Textos de 1947 y 1961, aunque esta vez precisa que el voto deberá ser personalizado (art. 63). De esta forma se conservan las bondades del sistema de representación proporcional, que procura dar a las agrupaciones políticas una presencia en los órganos de elección popular acorde con los votos recibidos, pero al prever el sufragio personalizado se excluyen las modalidades de elección por listas cerradas y bloqueadas, en las que pierden relevancia las cualidades personales de los candidatos presentados por los partidos. Dentro de ese marco constitucionalmente trazado caben sistemas como el mixto alemán, ya conocido por nuestra legislación electoral, o diversas modalidades del voto preferencial.

En lo concerniente a la elección de cargos unipersonales, se mantiene la regla de la mayoría relativa en los tres niveles de gobierno (nacional, estatal y municipal). Durante el proceso constituyente se propuso la introducción de la exigencia de la mayoría absoluta en la primera vuelta, o de un mínimo del cuarenta por ciento de los sufragios emitidos, con una segunda vuelta entre los candidatos más votados, si ninguno hubiere obtenido dicha mayoría especial. En la última fase de las deliberaciones de la Asamblea Constituyente fueron suprimidas las disposiciones correspondientes del proyecto y se mantuvo el sistema tradicional.

Tras la aprobación popular de la nueva Constitución, y a fin de facilitar la realización de los procesos electorales necesarios para la puesta en escena del naciente orden constitucional, la Asamblea Nacional Constituyente dictó el "Estatuto Electoral del Poder Público", el cual contempla, para la integración de órganos deliberantes, un sistema mixto en el que el cuarenta por ciento (40%) de los escaños son atribuidos según el principio de representación proporcional, a través de un voto lista y de la adjudicación por cociente, y el sesenta por ciento (60%) corresponde a los candidatos que hayan obtenido mayoría de votos en las respectivas circunscripciones.

### **3.2.- Órganos de control**

La administración electoral alcanza en la nueva Carta Magna la categoría de Poder autónomo, a la par de los Poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Ciudadano. A la cabeza del Poder Electoral se encuentra el Consejo Nacional Electoral, que goza de autonomía presupuestaria, ya que remite su presupuesto directamente a la Asamblea Nacional y lo administra sin injerencias de los Poderes Ejecutivo o Legislativo. Su función principal es organizar los procesos electorales en los tres niveles político-territoriales, lo cual comprende la totalización de votos y la proclamación. La Constitución le otorga potestades normativas y sancionatorias en materia de publicidad y financiación electorales, y se encuentra facultado para declarar la nulidad total o parcial de las elecciones. La actuación del Consejo Nacional Electoral está sujeta al control de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

### **3.3.- Últimas convocatorias electorales**

Los dos últimos procesos comiciales fueron los celebrados en diciembre de 1999 y en julio de 2000. El primero versó sobre el referendo aprobatorio de la Constitución y el segundo comprendió las elecciones para la presidencia de la República, la Asamblea Nacional, las gobernaciones y alcaldías, los consejos legislativos de los estados, la Alcaldía y el Concejo Metropolitano, el Parlamento Andino y el Parlamento Latinoamericano.

En el referendo de diciembre de 1999 alrededor del setenta por ciento (70%) de los votantes se pronunció afirmativamente (3.000.000 de personas), con una abstención aproximada del cincuenta por ciento (50%) de los electores.

En las elecciones de julio de este año Hugo Chávez obtuvo nuevamente la Presidencia de la República, ahora con fundamento en la nueva Constitución. Recibió unos tres millones setecientos mil (3.700.000) votos, frente a los dos millones trescientos mil (2.300.000) votos de su principal contrincante (Arias Cárdenas). Los partidos de la alianza gubernamental alcanzaron cerca del sesenta por ciento (60%) de los escaños en la Asamblea Nacional. La abstención giró en torno al cuarenta y cinco por ciento (45%) de los electores.

Los resultados de estos comicios, considerados junto con los de los procesos electorales celebrados desde diciembre de 1998, indican que aproximadamente un tercio del electorado ha mantenido un apoyo firme al presidente Chávez y a su proyecto de cambio político. La abstención no ha bajado del cuarenta y cinco por ciento (45%), lo que tal vez es fruto del descrédito de las instituciones democráticas y de la pérdida de interés de parte de la ciudadanía en la política. Recuérdese que en los mejores momentos de la democracia puntofijista la abstención no superaba el diez por ciento (10%) de los electores. En cuanto a su significación política, los resultados electorales otorgan al sector oficialista una holgada mayoría absoluta, pero no lo colocan en la posición hegemónica que ostentó en la Asamblea Nacional Constituyente, lo que propiciará acuerdos con fuerzas de la oposición, sobre todo para la adopción de las numerosas decisiones para las que la Constitución exige el voto de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional.

#### **4.- Acción política**

##### **4.1.- Política interior**

Durante el año 1999 el escenario político estuvo dominado por el proceso constituyente, durante el cual se sucedieron en poco tiempo acontecimientos de enorme significación político-constitucional. Desde que la Corte Suprema de Justicia, en sendas sentencias del 19 de enero, declaró que era lícito convocar una Asamblea Constituyente al margen de los procedimientos de revisión previstos en la Constitución de 1961, comenzó una etapa en la que el momento político opacó cualquier otra manifestación del quehacer social. El camino constituyente no estaba claramente trazado, sino que se iba abriendo día a día, generando una gran expectativa e incertidumbre. La conducción de ese proceso, al menos desde el punto de vista político, correspondió al presidente de la República, Hugo Chávez Frías. No fue el único actor, pero su liderazgo jugó un papel decisivo.

La atención de toda la colectividad, incluyendo a la clase política, estuvo centrada en el proceso constituyente y, tras su instalación en agosto de 1999, en la actuación de la Asamblea Nacional Constituyente. De ahí que los hechos principales que en esta sección merecen ser des-

tacados son la aprobación de una nueva Constitución y las transformaciones político-institucionales que llevó aparejados, sumadas a los cambios introducidos por la propia Asamblea, mediante los llamados actos constituyentes. Durante el año 1999 se inició la depuración del Poder Judicial, que afectó a una buena parte de sus integrantes; el antiguo Congreso de la República sufrió una severa restricción de sus facultades y luego fue suprimido en virtud de la entrada en vigencia de la nueva Constitución, y sustituido por una Comisión Legislativa Nacional designada por la Asamblea Constituyente; la Corte Suprema de Justicia, que en las sentencias precitadas ya había mostrado su flexibilidad frente al proceso constituyente y posteriormente avalaría las medidas de la Asamblea, fue reemplazada, después de la aprobación popular de la Constitución, por un Tribunal Supremo de Justicia en el que sólo cuatro de sus miembros provenían de la extinta Corte; la directiva del Consejo Nacional Electoral fue renovada y fueron sustituidas las máximas autoridades del Ministerio Público y de la Contraloría General de la República. La Asamblea Constituyente designó además, también con carácter transitorio, al titular de la Defensoría del Pueblo.

Como puede apreciarse, los cambios político-institucionales operados fueron de tal magnitud que colmaron con creces el panorama político.

#### **4.2.- Política exterior**

Por las mismas razones antes señaladas, durante 1999 se produjeron pocos acontecimientos especialmente relevantes vinculados a la política exterior de Venezuela. La preocupación fundamental del Poder Ejecutivo en este ámbito fue desvirtuar los temores suscitados en el exterior en relación con el posible talante autoritario del nuevo gobierno o las pretensiones hegemónicas de la Asamblea Constituyente. Ello motivó algunas giras al exterior del Presidente de la República, así como la designación de una Comisión de miembros de la Asamblea que viajó a los Estados Unidos de América.

En lo que atañe a los principales compromisos internacionales asumidos por la República, se mantienen las líneas maestras de la política exterior. En materia económica Venezuela pertenece a la Comunidad Andina de Naciones, a la Organización de Países Exportadores de Petróleo



y a la Organización Mundial del Comercio. En materia política y de derechos humanos es miembro de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos.

### **III.- DERECHOS HUMANOS**

#### **1.- Desarrollo normativo**

Dada la dinámica política que prevaleció en el año 1999, y lo reciente de la entrada en vigor de la nueva Constitución, que ni siquiera alcanza un año de vigencia, así como la aún más reciente instalación de la Asamblea Nacional, no ha sido dictada, desde 1999 hasta la fecha, una legislación en materia de derechos humanos que merezca ser destacada.

No obstante, importa subrayar que en 1999 entró en plena vigencia el Código Orgánico Procesal Penal, y que en abril de 2000 entró en vigor la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, después de una *vacatio legis* de más de un año. El Código Orgánico Procesal Penal supuso un giro copernicano en nuestro sistema procesal penal, que de ser escrito y predominantemente inquisitivo pasó a ser oral y acusatorio. Además, se introdujeron fórmulas de participación ciudadana en la administración de justicia, mediante los jurados y los tribunales con escabinos. Lo más relevante es que con la aprobación de ese Código Venezuela adecuó su legislación a las exigencias de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en materias como la duración de la detención policial, los derechos del imputado, y la justificación y duración de la prisión preventiva.

No ha sido fácil la asimilación de las nuevas instituciones. A los factores culturales se suma la insuficiencia de la infraestructura física y de los recursos humanos requeridos para la implantación del nuevo sistema. Estas circunstancias, aunadas a un repunte de la delincuencia, llevaron a la Comisión Legislativa Nacional a considerar la reforma de dicho instrumento normativo. Aunque algunas de las propuestas presentadas tenían una orientación francamente involucionista, contraria a las exigencias mínimas derivadas de los derechos humanos, la reforma finalmente aprobada se limitó básicamente a ampliar el lapso conferido al juez para pronunciarse sobre la licitud de la privación de libertad del imputado y a restringir la aplicación de los acuerdos reparatorios.

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente también implicó una transformación profunda de la legislación, en lo relativo al sistema de protección de los niños y adolescentes, antes llamados menores, y a la regulación de su capacidad de goce y ejercicio y de su responsabilidad. Mediante dicha ley Venezuela cumple con las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño.

## **2.- Mecanismos de protección y garantía**

### **2.-1.- De ámbito interno**

#### **2.1.1.- Jurisdiccionales**

El mecanismo judicial específico de protección de los derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico es el amparo constitucional. Ya estaba consagrado en la Constitución de 1961 y la Carta de 1999 le dedica una regulación más completa (art. 27).

Se trata de un medio judicial expedito de tutela de los derechos constitucionales, incluyendo a los derechos reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Siguiendo los parámetros constitucionales, se encuentra legal y jurisprudencialmente configurado como un procedimiento breve y oral, en el que el juez, al finalizar la audiencia en que ambas partes tienen oportunidad de intervenir, ha de dictar sentencia, a menos que la complejidad del caso justifique un corto diferimiento. El objeto del proceso es hacer cesar la vulneración de derechos constitucionales, o impedir que se produzca.

El amparo ostenta en nuestro sistema de tutela de los derechos constitucionales una importancia capital. Gracias a este instituto procesal, que alcanzó vigencia efectiva en nuestro país por vía jurisprudencial en 1983, la Constitución llegó a los estrados y comenzó a tener una significación jurídica palpable para el ciudadano. El origen cuasi-pretoriano de esta institución, que tuvo que ser perfilada inicialmente por la jurisprudencia ante la omisión del legislador, ha marcado su evolución posterior. La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, de 1988, simplemente recogió los criterios ya sostenidos por la jurisprudencia y la regulación legal sufrió recientemente una

modificación por vía también jurisprudencial, en virtud de una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Pese a que la *praxis* judicial no siempre se ajusta a las exigencias legales y constitucionales, el amparo puede ser considerado como un mecanismo efectivo de tutela de los derechos humanos. En lo relativo a los grados de accesibilidad se observan algunos problemas, vinculados a las deficiencias del sistema de administración de justicia en su conjunto, que generan una gran desconfianza entre los justiciables, a la ausencia de un servicio eficiente de asistencia jurídica gratuita y a la falta de una cultura de los derechos humanos.

Junto al amparo constitucional existen en nuestro ordenamiento otros medios procesales que coadyuvan a la protección de los derechos humanos, aunque su objeto es más amplio. Son dignas de mención la acción de inconstitucionalidad contra leyes u otros actos de igual rango, el control difuso de la constitucionalidad y el conjunto de acciones o recursos contencioso-administrativos.

### **2.1.2.- No jurisdiccionales**

En el nuevo marco constitucional, la principal vía no jurisdiccional de protección de los derechos humanos es la Defensoría del Pueblo, a la que corresponde de manera especial la defensa de esos derechos frente a la actuación de la administración pública. Dada la reciente creación de este organismo, y la ausencia de la ley orgánica que ha de regular su estructura y funcionamiento, es poco lo que se puede decir sobre su significación real. No obstante, hasta la fecha la actual Defensora del Pueblo ha puesto especial empeño en sentar las bases de la institución, en lo que a infraestructura física y a los recursos humanos respecta, así como en el plano legislativo, ya que ha elaborado un proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo.

### **2.2.- De ámbito internacional**

En lo que atañe a los derechos humanos, Venezuela se encuentra sometida al control de las instancias competentes de la Organización de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos. Particular importancia ostenta el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que ha adquirido gran vitalidad en los últimos años.

Gracias al sistema interamericano ha sido posible censurar violaciones a los derechos humanos que no habían encontrado justicia en las instancias nacionales, como sucedió en el caso de "El Amparo", relacionado con la agresión o asesinato, en una zona fronteriza con Colombia, de varios pescadores por cuerpos de seguridad del Estado, que alegaron como excusa la condición de guerrilleros de aquéllos, lo cual fue desvirtuado. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que habían sido vulnerados derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y decidió remitir el caso a la Corte Interamericana, la cual, después de que el Estado venezolano reconociera su responsabilidad, fijó la indemnización que debía ser pagada a los familiares de las víctimas y a las víctimas sobrevivientes (sentencias del 18 de enero de 1995 y del 14 de septiembre de 1996).

Algo similar, aunque a mayor escala, sucedió en el caso del "Caracazo", que versó sobre violaciones de los derechos a la vida o a la integridad personal, entre otros, de más de cuarenta personas agraviadas por la represión policial y militar que vivieron ciertos sectores de la población de Caracas o de sus alrededores, a raíz de los saqueos ocurridos el 27 y 28 de febrero de 1989. Después de la tramitación infructuosa del procedimiento ante la Comisión, ésta demandó a la República de Venezuela ante la Corte Interamericana, la cual, vista la aceptación de responsabilidad formulada por el Estado venezolano, declaró la violación de los derechos denunciados y acordó abrir el procedimiento separado de reparaciones y costas (sentencia del 11 de noviembre de 1999).

Actualmente están siendo tramitadas ante la Comisión Interamericana denuncias relativas a asesinatos o desapariciones forzadas de personas, a manos de los cuerpos de seguridad del Estado, perpetrados en el Estado Vargas con ocasión de la situación de incomunicación y anarquía ocasionada por los derrumbes e inundaciones que afectaron esa parte de nuestro territorio, en diciembre de 1999.

#### **IV.- DOCUMENTACIÓN ÚTIL SOBRE LA MATERIA**

##### **1.- Principales Decretos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente**

- Decreto por el cual Hugo Chávez Frías fue ratificado en la Presidencia de la República (9 de agosto de 1999, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela -G.O.- 36.761, del 10 de agosto).
- Decreto por el cual se declara la reorganización de todos los órganos del poder público (12 de agosto de 1999, publicado en la G.O. 36.764, del 13 de agosto)
- Decreto sobre la “Regulación de las funciones del Poder Legislativo” (25 de agosto de 1999, publicado en la G.O. 36.772, del 25 de agosto), reformado el 30 de agosto (G.O. 36.776, del 31 de agosto).
- Decreto sobre la “Reorganización del Poder Judicial” (19 de agosto de 1999, publicado, después de una reimpresión por error de copia, en la G.O. 36.782, del 8 de septiembre).
- Decreto sobre el “Régimen de Transición del Poder Público” (22 de diciembre de 1999, publicado, después de una reimpresión por error de copia, en la G.O. 36.859, del 29 de diciembre).
- Decreto por el cual se dicta el “Estatuto Electoral del Poder Público” (30 de enero de 2000, publicado en la G.O. 36.884, del 3 de febrero).

##### **2.- Principales sentencias pronunciadas por la Corte Suprema de Justicia en relación con el proceso constituyente**

- Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, del 19 de enero de 1999, por las cuales se declara procedente la realización de un referendo para consultar al pueblo sobre la convocatoria de una Asamblea Constituyente.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, del 18 de marzo de 1999, por la cual se declara la inconstitucionalidad de la segunda pregunta del Decreto presidencial N° 3, del 2 de febrero de 1999, conforme a la cual el pueblo delegaría en el Presidente de la República la fijación de las bases comiciales del proceso constituyente.

- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, del 13 de abril de 1999, por la cual se suprime de las bases comiciales la referencia al carácter originario de los poderes de la Asamblea Nacional Constituyente.
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, del 6 de octubre de 1999, por la cual se declara el carácter supraconstitucional de los actos dictados por la Asamblea Nacional Constituyente.

### **3.- Bibliografía básica sobre el proceso constituyente**

Brewer-Carías, Allan, *La Constitución de 1999*, Caracas, EJV, 1999.

Casal, Jesús María/Chacón, Alma, *El Nuevo Derecho Constitucional Venezolano*, Caracas, UCAB, 2000.

Combellas, Ricardo, *Poder Constituyente*, Caracas, En Cambio, 1999.

PNUD/ILDIS/IABN, *Derechos Humanos y Justicia (El aporte de las ONG a la Asamblea Nacional Constituyente)*, Caracas, CDB publicaciones, 2000.



## **Arte y Derecho (Algunas reflexiones sobre los instrumentos jurídicos tradicionales en la comercialización de las obras de arte)**

Julio Rodríguez\*

No es frecuente en nuestra doctrina patria hacer referencia expresa al arte –o al menos a su tráfico comercial– como objeto del derecho mercantil. No obstante, algunos mercantilistas venezolanos se han paseado por el tema al expresar: “Los fenómenos estéticos, por el lado que miran a la zona económica de la circulación pueden y suelen ser afluente del movimiento general de intercambios, en su doble faz: civil y mercantil”<sup>1</sup>.

Hace ya algún tiempo que el arte dejó de ser un privilegio exclusivo de las familias vinculadas con el poder que tomaban bajo su protección a los artistas.

Incluso en ciertas épocas se hablaba más bien de artesanos del arte. La precisión es importante por cuanto el artículo Cuarto del Código de Comercio no considera a los simples trabajos manuales de los artesanos como acto de comercio.

---

\* Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello y profesor de Derecho Mercantil en la misma Universidad.

1 Pérez Nestor, *Derecho Mercantil Tomo II*. Editorial Hermanos Belloso Rossell. Maracaibo, 1941, pág. 356.



El siglo XVIII y la consolidación del mercantilismo hacen surgir en Europa una burguesía dominante ávida de tener las mismas cosas de la ya decadente aristocracia.

La temática épica y religiosa del pasado es sustituida por un arte que resalta la cotidianidad de la vida y refuerza los valores de una nueva sociedad. En el norte de Europa e Inglaterra no solo se habla de participar en las grandes compañías comerciales que precedieron a nuestras sociedades mercantiles de hoy en día sino también de tener alguna obra de arte como muestra del prestigio que solo el dinero puede dar.

Ya para 1890 los jóvenes artistas franceses pintaban al estilo impresionista como una manera de expresarle al mercado que estaban dispuestos a satisfacer sus gustos. La oferta y demanda empiezan a mover sus hilos en un mercado en el cual el arte se populariza.

Pero la venta no solo la hacían directamente los artistas a los propietarios de obras artísticas.

En 1744 el Sr. Samuel Baker subastó los 457 libros de la biblioteca de Sir John Stanley. El nombre de Baker está vinculado con el nacimiento de la casa de subastas Sotheby's. Algunos años después James Christie abriría en Londres la primera casa de subastas especializada en el comercio del arte<sup>2</sup>. La historia de ambas empresas es conocida ampliamente hoy en día.

La popularización del arte no solamente está vinculada con la difusión y conocimiento de los valores estéticos sino también con la conceptualización de la adquisición de una obra como medio de inversión. En tal sentido ha dicho un conocido galerista nacional:

Todos nos vislumbramos con la primera devaluación: mientras el bolívar fracturó su imagen de hijo mayor de las economías latinoamericanas y la inflación remató aceleradamente la última curva de nuestro siglo, atesorar moneda venezolana derivó en el acto menos prudente que persona alguna pudiera cometer. Entonces se escuchó el grito que hoy nos ocupa *El arte su mejor inversión* y todo el gremio cantó en el coro: galeristas, marchantes, artistas, críticos. No nos equivocamos la

---

2 Carrano, Ana María. *Las subastas en Venezuela: ¿Péndulo del deseo o negocio del arte?* Colección Econoinvest 2. Caracas, 1999, pags. 135 y 136.

historia reciente lo ha demostrado. La inversión en arte es tan sólida como la inmobiliaria; no representa mayores traumas de conservación, no paga impuestos per se, y es, por la facilidad de traslado, relativamente sencilla su comercialización tanto nacional como internacionalmente.<sup>3</sup>

No cabe duda que la venta de bienes muebles es considerada por el numeral primero del artículo 2º del Código de Comercio como acto de comercio.

Probablemente ni deberíamos discutir acerca de la consideración de empresa mercantil de aquellas empresas que se dediquen al tráfico de obras artísticas. Hasta consideraciones bien ortodoxas desde el punto de vista doctrinal como las de Wieland no dudarían en considerar como empresa a aquellas que tuvieran una asignación de capital expuesta a un riesgo y un fin de lucro.<sup>4</sup> Es un hecho incuestionable la existencia en Venezuela de empresas (Galerías de Arte) dedicadas al “negotio” de la venta de obras de arte. Incluso algunas personas de derecho civil (Asociaciones Civiles) recurren a figuras mercantiles como la venduta para realizar actividades vinculadas con sus fines. Un ejemplo de ello es la Sala Mendoza y las subastas que organiza desde 1957 hasta nuestros días. Interrogantes adicionales nos propone todo el nuevo mercado que se crea alrededor de internet y que presenta mayores problemas de concreción dentro de las figuras mercantiles tradicionales. Indudablemente que la actividad de acercar a artistas y compradores presenta un mayor grado de complejidad del que podemos percibir a simple vista.

En el pasado la relación artista-cliente era más bien una relación de encargo. Recordemos en el caso de Venezuela toda la abundante información proporcionada por Boulton acerca de los testimonios documentales de una época en la cual el artista cumplía instrucciones de su cliente. Gran cantidad de testamentarias del siglo XVII venezolano dan fe hacia el futuro de un trabajo realizado y por cobrar o cobrado sin haberlo podido realizar.<sup>5</sup> No cabe la menor duda que para el mercantilista

---

3 Muci, Juan Pablo. *El arte: inversión o perversión en invertir en arte*. Pag. 119.

4 Citado por José María de Eizaguirre en *Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 1999, pag. 78.

5 Boulton, Alfredo: *Historia de la pintura en Venezuela, Tomo I, Época Colonial*, Ernesto Armitano Editor, Caracas, 1975, pag. 289 y siguientes.

de la época dicha relación no era comercial. Hoy en día con la aparición del comerciante de arte nos encontramos frente a un profesional que vende objetos de arte como podría cualquiera otro comerciante vender sus mercancías. La relación hoy es más compleja como ya indicamos anteriormente. El comerciante de arte puede tener una relación con el artista que representa, que va desde la exclusividad de las obras de dicho artista hasta compromisos que pueden incluir aspectos como: periodicidad de exposiciones; manejo de catálogos e información acerca del artista y en algunos casos hasta financiamiento de las obras. Muchas de estas relaciones no se encuentran soportadas en una regulación jurídica adecuada. Más bien se acude a acuerdos que muchas veces ni siquiera se traducen en instrumentos formales.

En algunos casos más bien pudiéramos hablar de contratos atípicos que no hacen sino revelar que la necesidad llega a modular normas contractuales particulares para cada situación que lo requiera.

Pero porque no analizar las figuras “tradicionales”, a fin de establecer referencias iniciales para nuestro análisis.

Desde este punto de vista es importante el valor de algunos contratos para adaptarse a nuevas situaciones productos de mercados poco desarrollados o inexistentes en el pasado. Tal es el caso de la comisión, así como la misma cobró nuevos aires para explicar la naturaleza jurídica de la orden de bolsa en un mercado de compra y venta de títulos valores que día a día cobra una importancia capital en nuestras sociedades. Igualmente es valioso el contrato que comentamos para explicar muchas de las relaciones del mercado del arte. Como bien lo ha señalado Karten Schmidt: “La significación actual de la comisión no puede estimarse en forma confiable, pero en todo caso es mucho menor que en el siglo XIX. La principal significación de la comisión no está en el negocio de mercaderías, sino en la comisión de títulos, esto es, en el comercio con valores. En el comercio de mercaderías la comisión mantiene importancia práctica, sobre todo en los mercados especiales de arte, antigüedades, instrumentos y sellos postales, y tal vez en el comercio con vinos y ganado.”<sup>6</sup> Quizás la utilización de la comisión ha sido discreta en

---

6 Schmidt, Karsten. Derecho Comercial. Astrea. Buenos Aires, 1997, pág. 892.

Venezuela, De hecho autores como Morles al referirse a los vendederos que el propio Código Comercial califica como comisionistas (numeral 10 del art. 2º) señala:

No hay en Venezuela una práctica extendida sobre esta materia. Apenas si hay remates públicos de casa de empeño, algunas subastas de obra de arte, remates por medio del martillo de la Bolsa de Caracas y remates judiciales, pero no la práctica o el ejercicio profesionales de la actividad del vendedero como comerciante especializado.<sup>7</sup>

Lo cierto es que el contrato de comisión previsto en el art. 376 y siguientes del Código de Comercio ha servido de sustento legal a la actividad desarrollada por galeristas y subastadores de arte. Los nombres que se utilizan en los distintos contratos cuando los mismos son precedidos de algún tipo de formalidad solo revelan que estamos hablando de figuras próximas a la comisión o a la comisión misma. No quisiera caer en la tentación de tratar de volver a poner sobre el tapete lo tanto que nuestra doctrina patria ha discutido acerca de las relaciones entre el mandato y comisión. Es a todas luces, evidente que el propio Código en el numeral 4º del artículo segundo abona el terreno para la discusión al hablar de: “la comisión y el mandato comercial”. La discusión no tendría gran relevancia práctica si pudiéramos decir que la comisión se diferencia del mandato por cuanto el comisionista actúa en nombre propio y por cuenta de un comitente. Pero el propio Código parece no abordar con la transparencia el tema al declarar en el 377 algo que parece obvio (sí realmente lo es) acerca de la comisión: “el comisionista no esta obligado a declarar a la persona con quien contrata el nombre de su comitente”. Más adelante señala nuestro ordenamiento mercantil (art. 379): “si el negocio encomendado se hiciera bajo el nombre del comitente, los derechos y las obligaciones que produce, se determinan por las disposiciones del Código Civil sobre el contrato de mandato; pero el mandato mercantil no es gratuito por naturaleza.

Parece que tampoco lo es el civil, al respecto ha señalado Goldschmidt:

---

7 Morles, Hernández, Alfredo. Derecho Mercantil. Tomo I. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1998. Pag. 508.

En dichos textos (art. 2° del numeral 4° art. 376, art. 379 del Código de Comercio, se refleja la concepción abandonada por la legislación civil, según la cual el mandato se caracteriza por el poder de representación del mandatario. En el mismo art. 379, se halla un residuo de la noción romana de la gratuidad del mandato, cuando establece que el mandato mercantil no es gratuito por naturaleza, aunque de acuerdo con el Código Civil, art. 1.684, tampoco el mandato civil es necesariamente gratuito<sup>8</sup>.

Más adelante en el párrafo que comentamos el mismo autor se apoya en artículos como el 409 y 389 para concluir que el Código se acerca a posiciones más modernas del mandato al tratar a la comisión como un mandato. Tal logro, no se hubiera producido de no concebir al mandato como un contrato al cual no es esencial el elemento representación.

Algunos de los elementos ya señalados por Goldschmidt son enfatizados de manera más categórica por Morles al citar a Garriguez: “ni en la doctrina clásica mercantil ni en los textos de las antiguas leyes mercantiles se ha caracterizado a la comisión por el dato de actuar el comisionista en su propio nombre al desempeñar el cargo de su comitente”. Tal afirmación sirve de base a Morles para concluir que: “Constituye un error la contraposición que nuestro Código de Comercio pretende llevar entre comisión y mandato comercial al mencionarlos en el ordinal 4° del art. 2 como actos de comercio separados”<sup>9</sup>. El desarrollo de la legislación comparada han venido ratificando las tesis expuestas por nuestra doctrina patria. En líneas generales se concibe a la comisión como un mandato mercantil. No obstante, el punto focal del presente estudio no es solo el de calificar a la comisión como ya se ha hecho sino el de tipificar como instrumento propio de la contratación aplicable a ciertos sectores de la economía. En nuestro caso al mundo de la comercialización del arte. En este sentido es interesante la amplitud señalada por algunos códigos como por ejemplo el Código de Comercio Español. Como bien señala Sánchez Calero: “Precisamente por la amplitud con que se concibe el Código de Comercio el contrato de comisión –a

---

8 Goldschmidt, Roberto. Curso de Derecho Mercantil. Ediar Venezolana, S.R.L. Caracas, 1979, pag. 122.

9 Morles, ob. Cit. Pag. 504.

pesar de que en muchas de sus normas están pensando que el negocio que ha de realizar el comisionista es normalmente la compra o venta de mercancías— sus preceptos tienen una aplicación muy frecuente por el hecho de la variedad de supuestos, distintos a los encargos de compra o venta de mercancías, en los que se aplica en el mundo de los negocios. Ha de advertirse, no obstante, que se han ido tipificando como contratos autónomos algunos subtipos de contratos de comisión, como el contrato de agencias, el de agencias de seguros, etc.<sup>10</sup> Más adelante nos referiremos a la contratación específica para el mundo del arte.

La doctrina alemana<sup>11</sup> pone en relieve toda la consideración que la legislación alemana ha dedicado a la oposición entre la representación inmediata y las mediata. La representación mediata coincide con el concepto nuestro de mandato sin representación (la celebración de actos jurídicos en nombre propio y por cuenta de un tercero). La doctrina citada ha desarrollado el tema en relación con el sujeto que realiza el contrato de comisión sin presuponer a tenor del art. 383 del HGB (Código de Comercio Alemán) que la realización de dicho contrato implique ser empresario comisionista. Sobre este empresario se menciona que los mismos no son en la actualidad meros auxiliares de los comerciantes sino que sirven a los más variados intereses del público en general. Ilustrativa de esto es la función de los corredores de bolsa que ha sido ampliamente comentada por Morles en nuestra doctrina patria.<sup>12</sup> Lo cierto es que para la doctrina alemana y de acuerdo con la regulación civil y mercantil el contrato de comisión es un contrato de gestión de mandato que esta sometido a regulaciones del HGB y del BGB (Código Civil Alemán).

Tal como indica Schmidt<sup>13</sup> hay que diferenciar entre el negocio jurídico de comisión del negocio jurídico de ejecución que es el contrato a celebrarse y ejecutarse con un tercero en ejecución de la comisión. Por ello no es fácil percibir la unidad del contrato de comisión que muchas

---

10 Sánchez Calero, Fernand Instituciones de Derecho Mercantil. Tomo II Mc. Graw Hill. Madrid, 1997, pag. 143

11 Schmidt. Ob. Cit. Pags. 885 y siguientes.

12 Morles Hernández, La Bolsa, Los Corredores y los Contratos Bursátiles. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1988.

13 Schmidt ob. Cit. Pag. 895 y siguientes.

veces subyace debajo de una compra - venta mercantil. En el negocio de venta de mercaderías puede resultar casi imposible el determinar si estamos frente a una comisión o a una serie de operaciones de venta. En este sentido el elemento “por cuenta de otro” juega un papel definitorio.

Ahora bien, la masificación de operaciones comerciales tales como las ordenes de bolsa han hecho olvidar que la figura tradicional de la comisión estuvo vinculada con formas comerciales que no eran fáciles de masificar. La compra -venta de obras de arte por su elemento de no fungibilidad se adaptaba perfectamente a el contrato que consideramos. ¿Pueden las formas contractuales tradicionales seguir vinculadas a algunos de los negocios que les dieron origen en el marco de un mundo tendiente a la masificación? La respuesta no parece ser sencilla. No obstante en el mundo del arte que se define por la relación valor- originalidad pareciera que el contrato de comisión, independientemente del nombre que las partes le den a la regulación que las rige, tiene plena vigencia, al menos por los momentos.

En el análisis de la situación que nos ocupa la comercialización del arte se expresa fundamentalmente en el comercio realizado por los “marchand d’ art” sea que asuman la forma de un mercado realizado por una persona natural a través de las galerías de arte o las llamadas subastas que han adquirido en Venezuela cierta importancia desde que la Galería Mendoza las pusiera en práctica.

Ambas modalidades pueden tener en común el uso del contrato de comisión sin que por supuesto otras modalidades mercantiles pudieran ser utilizadas. Como puede desprenderse del desarrollo de nuestro análisis no ponemos en duda a estas alturas que estamos hablando de una actividad mercantil. No quisiera entrar en la yuxtaposición de lo civil frente a lo mercantil por considerar a las obras del espíritu como excluidas de la actividad comercial.

Esto no parece tener mucha vigencia hoy en día. No obstante es célebre en la doctrina la diferenciación entre el corretaje mercantil y el civil en términos de la neutralidad que pudiera asumir o asume el corredor mercantil a diferencia del civil que pareciera tomar partido por una de las partes.

Tal diferenciación esta presente, por ejemplo, en el BGB (Código Civil Alemán) y en el HGB (Código de Comercio Alemán). No obstante,

algunos autores como Schmidt han resaltado lo poco radical de la diferenciación.<sup>14</sup>

Lo cierto es que el vendedor de arte bien pudiera ser un corredor mercantil desde el punto de vista técnico ya que su actividad pudiera estar enmarcada en la venta de un bien mueble objeto de tráfico comercial. En la práctica se habla de venta en consignación. Mediante esta figura se entrega al dealer la obra de arte con el objeto de que la venda de acuerdo a las instrucciones del su cliente. En las mismas el precio adquiere un valor fundamental en algunos casos el cliente recibe una nota de depósito que acredita haber entregado la obra de arte para su venta.

¿Es el vendedor de arte un simple vendedor que se limita a conseguir alguien dispuesto a pagar por el precio exigido por su cliente? La respuesta no es sencilla y de la misma se derivan consecuencias dignas de ser consideradas. En primer lugar el vendedor de arte pareciera que asume una posición más cercana a la del corretaje mercantil en el sentido de que su responsabilidad se desarrolla tanto hacia el comprador como el vendedor. Ambos son sus clientes en sentido estricto, lo cual no se desprende de una condición previa de conocimiento personal que es irrelevante para este asunto. Cuando yo pido la opinión de un especialista en la venta de arte al menos espero de su parte un conocimiento que me permita saber a cuanto puedo aspirar por el objeto negociado en el supuesto de que yo no tenga ese conocimiento. Igualmente si yo soy el comprador aspiro a que el profesional me dé una opinión acerca del valor de lo que estoy adquiriendo.

El problema es mucho más complicado que aquellos objetos en los cuales exista una valoración universal de mercado llámense cotización o cualquier otro donde exista un alto grado de certeza sobre el valor de lo que se adquiere. En este sentido el corredor es responsable de establecer rangos de valor para los objetos negociados.

En segundo lugar el vendedor pudiera estar actuando mas bien como un comisionista en términos de levantar un velo entre el comprador y el vendedor, lo cual no es inusual para operaciones que en muchos casos requieren de un alto nivel de confidencialidad. Ya actúe el vendedor de arte como corredor o comisionista, lo cierto es que se desprende una

---

14 Schmidt ob. Cit. Págs. 745 y 746.



serie de consecuencias que merecen algún grado de consideración. Algunas de ellas entran dentro de los dominios del derecho administrativo como es todo lo relativo al control de los objetos que se negocian vis a vis de restricciones a la venta de objetos considerados como de patrimonio público; registros requeridos en algunos países para controlar la falsificación y el robo de obras de arte; licencias requeridas para el ejercicio de ciertas actividades, etc. Pero independientemente de lo señalado el corredor o el comisionista asumen una serie de responsabilidades derivadas de su actividad. Fundamentalmente relacionado con el objeto mismo que se trafica. Objeto cuya cualidad esta íntimamente ligada con su valor. Cuando digo que un cuadro es de Reverón y vale tanto, el comprador está pagando por eso y no por algo que se le parezca y no sea el artista indicado.

En este sentido el vendedor profesional asume una responsabilidad no claramente definida en nuestra legislación. Nos referimos a todo el tema inherente a la responsabilidad del vendedor de arte. Responsabilidad que no alcanza los niveles de regulación legislativa que tenemos en países en los cuales hasta los términos utilizados para la transacción tienen implicaciones legales bien precisas. Por ejemplo, el decreto francés del 3 de marzo de 1981, le da un contenido particular a ciertas expresiones usadas en el comercio del arte. Algunas de ellas son resumidas así por Chatelain Pattyny Chatelain: <sup>15</sup> “obra de” se garantiza que el autor de la obra es el autor de la obra y no otro; “Firmado por” se garantiza que la firma es la del autor salvo cualquier reserva que haga al respecto; “Atribuido a” no existe más que una presunción que la obra es de la persona a la que se le atribuye; “Taller de” la obra debe haber sido ejecutada en dicho taller o bajo la dirección del que dirige el taller; “Escuela de” la obra fue realizada por un alumno del maestro citado, ya sea durante la vida del mismo o hasta cincuenta años después de su muerte; “Época, siglo, etc.” la obra ha sido realizada en efecto en la época o siglo que se señala; “En el estilo, forma o manera de”; no da ninguna garantía precisa de lo señalado.

---

15 Chatelain, Françoise; Pattyn, Christian; Chatelain, Jean. *Oeuvres D' art et objets de collection en droit français*. Berger -Levrault. París, 1997, pág. 129 y ss.

En Francia, en virtud de la legislación señalada, el vendedor es responsable en los términos utilizados en el contrato lo cual da al comprador una garantía precisa de lo negociado.

Podríamos decir que en Venezuela la responsabilidad del vendedor profesional de arte pudiera estar definida por “su mayor conocimiento o experticia del objeto o los objetos negociados”. Lo cierto es que en nuestro país no existe un estatuto particular del vendedor –experto de arte– si quisiéramos separar ambas categorías en busca de mayor independencia entre el vendedor y el experto tendríamos que regularlo expresamente como se ha hecho en algunos países europeos, sobre el tema volveremos más adelante. Sin embargo podemos decir que el vendedor es responsable del objeto vendido de acuerdo con la legislación general. En tal sentido el comprador que demuestre mediante su certificado que el objeto adquirido no es el que se le dijo que estaba adquiriendo puede accionar sus derechos por la vía de vicios ocultos del objeto adquirido o ir por la vía de probar el dolo del vendedor de acuerdo al artículo 1460 del mismo Código Civil.

La situación no es fácil para el comprador en la jurisprudencia comparada. Por ejemplo, en Francia en el caso de los vicios ocultos se requiere un defecto material en el objeto adquirido o bien la falta de una cualidad esencial del objeto como es la autenticidad. Por supuesto que en este último caso la misma ha debido ser un elemento esencial para la adquisición. No lo sería en el caso de que se quisiera comprar una obra de “tal época” y luego se exigiera que fuera de un artista específico de la época señalada. El otro tema discutido por la doctrina es si el vendedor tiene derecho a reclamar cuando vendió algo que pensó que no tenía la cualidad que realmente tenía. Por ejemplo, se vendió un Rembrandt sin saber que lo era.

En tal caso pareciera difícil obtener el mismo tratamiento del comprador el cual podría pedir de acuerdo al art. 1.521 y 1.522 del Código Civil que se le devolviera la suma pagada o que se ajustara el precio al valor real de lo adquirido. En el supuesto de que el vendedor hubiera conocido los vicios puede adicionalmente el comprador exigir el pago de daños y perjuicios adicionales o la restitución de la suma pagada.

El caso del dolo del vendedor ha sido por la misma jurisprudencia francesa bien limitado. Deben probarse claramente las maniobras del

vendedor para engañar al comprador sobre la cualidad del objeto que se adquiere.<sup>16</sup>

En el caso del comisionista es claro que según el art. 385 del Código de Comercio “debe sujetarse estrictamente a las instrucciones de su comitente”.

El contrato de comisión puede versar sobre la compra o la venta de un objeto artístico. En la práctica el vendedor recibe instrucciones precisas sobre el precio o el rango de precios que tiene la obra todo ello previo a una consulta que en muchos casos solos se hace con un vendedor que también posee un cierto grado de especialización en la materia. Caso complejo sería del vendedor que pudiera –como en el caso de los corredores públicos de títulos valores– adquirir la obra para sí mismo (el equivalente de “para su propia cartera” de los corredores). La cuestión plantea una interesante discusión en cuanto a la posición ética que debe asumir el corredor de arte y es un aspecto en el cual podría justificarse plenamente la diferenciación entre el corredor de arte y especialista. Todo ello como una garantía para el cliente de que su obra, ya sea para la compra o la venta, es valorada con total independencia del comerciante o su auxiliar que la negociación en el mercado.

El tema de las ventas de obra de arte en subastas parece, al menos para nuestra legislación, relacionado con el contrato de comisión a tenor de lo expresado por el art. 93 del Código de Comercio.<sup>17</sup> En la práctica venezolana son frecuentes las menciones al contrato de comisión en los reglamentos que rigen a las subastas de arte independientemente de la naturaleza civil o mercantil de los sujetos que realizan las subastas. Los instrumentos legales ya mencionados regulan aspectos tales como:

1. Acta de entrega de las obras con el estado en que se encuentran las mismas.

---

16 Chatelaim, Pattyn y Christian. Ob. Cit. Pag. 140 y ss.

17 Al respecto señala Schmidt “El rematador –por ejemplo el subastador de obras de arte- puede ser comisionista o corredor de comercio. En la relación interna ello se define según como se deba actuar y en la relación con los terceros adquirentes, según como actúa efectivamente. Si actúa en nombre propio por cuenta de quién le formuló el encargo se está en presencia de una comisión”. Schmidt. Ob. Cit. Pág. 898.

2. Aceptación por parte del comitente (el que entrega la obras para que sea subastada) de la reglamentación aplicable a la subasta.
3. Regulaciones económicas vinculadas con:
  - Pago de los costos de transporte, reparación presentación, etc. de las obras.
  - Gastos imputables al comitente por concepto de: catálogos, compensación en caso de retiro de las obras, prima por concepto de venta de la obra.
  - Gasto a cargo del postor al que se le adjudica la obra (comprador), por concepto de pago de la obra adquirida y la comisión respectiva.
  - Pago del vendutero al comitente de la suma correspondiente a la obra subastada.

En ese orden de ideas expresa el art. 92 del Código de Comercio: “Dentro de los cuatro días de verificado el remate se pasará al comitente cuenta de los efectos vendidos y se le pagará el saldo que resulte a su favor.

Por morosidad en la rendición de la cuenta o en el pago del saldo, perderá el vendutero su comisión, y responderá al interesado de los daños y perjuicios que le hubiere causado.

- Precio base establecido por el vendedor (comisionista) y que constituye uno de los elementos de la comisión.

En tal sentido el art. 91 del Código de Comercio establece: “Si a los cuarenta y ocho horas de verificado el remate no pagare el precio el adjudicatario la adjudicación quedará sin efecto y se abrirá de nueva la licitación”

1. Especificaciones relativas al catálogo de las obras a ser subastadas. En tal sentido el art. 86 del Código de Comercio expresa:

Los venduteros deben publicar con la conveniente anticipación un catálogo de las especies que van a rematar, con designación del lugar en que están depositadas, de los días y horas en que pueden ser inspeccionadas, y del lugar, días y hora en que debe principiarse y concluir el remate.

2. Regulaciones relativas a los medios utilizados para identificar a los postores y en definitiva a los adjudicatarios. Al respecto indica el art. 90 del Código de Comercio: “Ocurriendo duda acerca de la persona del adjudicatario o de la conclusión del remate, se abrirá de nuevo la licitación y no habrá lugar a reclamación por parte de los anteriores postores”.
3. Algunos reglamentos de subastas establecen cláusulas que libran de responsabilidad al vendutero en caso como:
  - a) Daños a las obras puestas en subastas.
  - b) Errores en la cualidad de las obras que aparecen en el catálogo.
  - c) Causas de rescisión de la venta.

El art. 87 prohíbe a los venduteros:

1. Pregonar puja alguna con el postor que la haya expresado en voz clara e inteligible
2. Tomar parte en la licitación por sí o por medio de terceros.
3. Adquirir objetos cuya venta hubiere hecho negociándolos a las personas que los hubiere obtenido en el remate.

Las restricciones anteriores no se aplicarían al corredor de arte que no realiza sus ventas a través de subastas.

El tema de las casas de subastas internacionales ha estado últimamente en la palestra pública con motivo de la subasta de obras cuyas experticias posteriores demostrados no tener los atributos que se les asignaban. Todo esto, nos obliga a reflexionar sobre los sistemas de subasta que existen en el mundo y que van desde la libertad absoluta como en Inglaterra y USA hasta los sistemas más controlados como el francés. En efecto en Francia las subastas son llevadas a cabo por los llamados “Comisaires – priseurs” que son oficiales públicos autorizados para dicha función. En tal sentido ha indicado Gilles Lamarque “Herederos de una larga tradición que se remonta a los orígenes de su profesión en el anciano régimen, los comisaires priseurs tienen un lugar en el derecho francés entre los oficiales ministeriales al lado de alguaciles, secretarios de tribunales, notarios, etc. Como otros oficiales públicos su actividad ha evolucionado bajo los efectos conjuntos del desarrollo del mercado del

arte y las limitaciones que se derivan del establecimiento del mercado único el primero de enero de 1993.<sup>18</sup>

La actividad de los funcionarios señalados está regulada por el estado francés le cual ha establecido todo un sistema de pruebas para acceder a dicha función pública. Igualmente se ha restringido la jurisdicción en la cual pueden actuar: No obstante, pareciera administrarse cada vez más un cierto grado de flexibilidad con respecto al tema territorial. Los funcionarios mencionados llevan a cabo la subasta y tienen una gama de poderes en lo que se refiere a aceptar o rechazar objetos para la subasta y fijar los precios a los cuales deben salir las obras de arte. En este proceso pueden ser y de hecho lo son asistidos por especialistas. El derecho francés ha establecido el carácter no comercial de la actividad realizada por los comisarios con lo cual quiere evitar el conflicto de intereses que se pudiera producir.

No obstante, en la práctica ha impuesto a los comisarios algunos elementos de la actividad comercial como por ejemplo hacer publicidad de los objetos que van a subastar.

Un tema enormemente importante es el de la responsabilidad civil y penal de los comisarios por la autenticidad de las obras subastadas. Con este tema la jurisprudencia francesa ha sido tradicionalmente conservadora en materia de establecer la responsabilidad de los comisarios siempre y cuando hayan sido diligentes en contar con los servicios de los expertos adecuados. En tal sentido podemos indicar que la responsabilidad se ha trasladado hacia los expertos.

Todo este sistema francés de regulación ha estado bajo la mira de las disposiciones comunitarias que han abierto las fronteras y reducido la limitaciones nacionales para el ejercicio de algunas profesiones. No obstante, los franceses han mantenido su régimen de control de las subastas el cual ha sido ratificado por la directiva comunitaria del 25 de febrero de 1964, según la cual la venta en subasta en Francia de objetos muebles y mercancías, es una actividad pública. El tiempo dirá si este régimen de control puede sobrevivir a la globalización creciente y al uso de medios electrónicos para vender obras de arte.

---

18 Lamarque, Gilles. *Droit et fiscalité du marché de l'art*. Puf Presses Universitaires de France, París, 1992, pág. 119.

En general, podemos coincidir con el carácter mercantil de la venta de objetos de arte; lo que pudiéramos poner en duda es la capacidad de las instituciones jurídicas para dar respuestas a un mercado que parece escaparse de los modelos tradicionales y de los actores tradicionales. En definitiva presenciamos un fenómeno de comercialización de nuestras sociedades que está bien lejos de aquellos tiempos en que establecíamos estatutos particulares para regir la actividad realizada por ciertas personas.

# ***La competencia desleal en el sistema venezolano de Derecho de la Competencia***

Flavia Pesci Feltri Scassellati\*

## **Sumario**

- I. Consideraciones Previas
- II. La incorporación y sanción de los actos de competencia desleal en las Leyes *antitrust*
- III. La protección de la competencia desleal dentro del ordenamiento jurídico venezolano y la compatibilidad de procedimientos entre las distintas normativas legales
- IV. Prohibición y sanción de los actos desleales en la Ley Procompetencia
  - IV.1.- *Requisitos para que se verifique el control antitrust de los actos de competencia desleal*
  - IV.2.- *Actos de competencia desleal sancionados en la Ley Procompetencia*
- V. Recapitulación

---

\* Abogado por la Universidad Central de Venezuela.



## I.- CONSIDERACIONES PREVIAS

Las próximas páginas pretenden dar una visión general de cómo se concibe, dentro de la legislación venezolana protectora de la libre competencia, la prohibición de los comportamientos o actos desleales de los operadores económicos que tienen como efectos la limitación o eliminación de la competencia económica. En este sentido, se considera oportuno analizar el tema de la competencia desleal regulado en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia<sup>1</sup>, tomando en cuenta criterios, interpretaciones y definiciones que en dicha materia nos proporciona el derecho comparado, específicamente el derecho español, en la medida en que el mismo ha constituido constante referencia no sólo para nuestro legislador en el momento de la elaboración de la Ley; sino también para todos los agentes –la Superintendencia Pro-competencia, órganos jurisdiccionales, abogados y estudiosos– que intervienen en la interpretación y aplicación de dicho texto legal.

Seguidamente se tratará de explicar, en primer término, las razones que han motivado la necesidad de incorporar, en la actualidad, el tema de la competencia desleal en las leyes protectoras de la competencia económica; en segundo lugar, se expondrán los distintos instrumentos legales que existen en Venezuela en materia de sanción de comportamientos desleales de los agentes del mercado, así como la compatibilidad que debe haber entre ellos; lo que nos permitirá, finalmente, analizar la Ley Pro-competencia cuyo texto sanciona –entre las distintas conductas prohibidas– los actos desleales que puedan producir efectos limitativos y restrictivos sobre la competencia entre los operadores económicos que actúan en el mercado.

Cabe recordar, en este sentido, que el ordenamiento jurídico venezolano cuenta dentro de las normativas que lo conforman con una Ley, la *Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia*, que tiene como principal fin la protección y el mantenimiento de la *competencia efectiva*<sup>2</sup> entre los operadores económicos que intervienen

---

1 Nos referimos a este texto legal denominándolo también Ley Pro-competencia

2 La competencia efectiva o imperfecta se caracteriza por los siguientes rasgos o elementos: a) libertad de acceso al mercado y multiplicidad de empresarios; b)

en el mercado, para obtener la mayor eficiencia económica entre éstos y proteger así el libre ejercicio de los derechos económicos de todos aquéllos agentes –consumidores y productores– que participan en las relaciones comerciales.

---

falta de homogeneidad de los productos y servicios y carácter sustituible de los mismos; c) presencia en el mercado de poderes económicos o de mercado que controlan o manipulan directa o indirectamente la oferta, la demanda, los precios; d) tendencia a la concentración de grandes empresas; e) intervención estatal en la economía.

La competencia imperfecta, en contraposición a la competencia perfecta que los economistas clásicos pretendían defender, es la que hoy en día protegen y mantienen los Sistemas de Derecho de la Competencia desde el momento en que se acepta las imperfecciones que contiene el capitalismo de mercado. En virtud precisamente de estas imperfecciones y distorsiones del mercado, es que surge la necesidad de una intervención estatal en la economía mediante normas jurídicas que ordenan y buscan poner remedio a las mismas.

Para tener una mayor claridad de la diferencia entre la competencia perfecta e imperfecta, permítasenos citar a un autor español que resume brevemente y con claridad el porqué, en la evolución de las teorías y políticas económicas, se pasa a proteger a la competencia imperfecta. “Hablaban los economistas clásicos de competencia perfecta o pura, para describir una situación teórica del mercado, en el que por su propia estructura ninguna empresa o grupo de empresas se encontraba en situación de influir sobre los precios, los cuales habían de ser, además, el resultado perfecto del libre juego de la oferta y la demanda. El mercado, y dentro de él los consumidores, es soberano, pues es en definitiva el que fija los precios. Mas esta idílica situación de competencia perfecta no se ha producido nunca, y mucho menos en la economía moderna en la que el régimen del mercado suele ser monopolístico u oligopolístico; en la que las grandes unidades tienden a concentrarse en pocas manos que pueden fijar o controlar, directa o indirectamente, la oferta y la demanda y, con ellas, los precios; y en la que existe una profunda tendencia a que sean las grandes empresas las que dominan y configuran el mercado. Es por ello por lo que los economistas modernos han sustituido la competencia perfecta o pura, por otro concepto que responde más exactamente a la realidad y denominan competencia imperfecta, practicable, operativa o suficientemente eficaz, que siendo la única que puede subsistir en las desarrolladas y modernas economías capitalistas, presupone la existencia en ella de todas las circunstancias anteriormente descritas, a más de una innata tendencia al abuso de poder por parte del capital. En esta situación, el mercado y la economía así descritos presuponen la existencia de un cierto, aunque relativo, grado de competitividad entre las empresas, que puede manifestarse de varias maneras y producir beneficiosos efectos en favor de la comunidad.” Broseta Pont, M. (Manual de Derecho Mercantil. Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 1974, p. 102)

En este sentido, el artículo 1 de la Ley para la Promoción y Protección de la Libre Competencia expone que:

*Artículo 1:* Esta Ley tiene como objeto promover y proteger el ejercicio de la libre competencia y la eficiencia en beneficio de los productores y consumidores y prohibir las conductas y prácticas monopólicas y oligopólicas y demás medios que puedan impedir, restringir, falsear o limitar el goce de la libertad económica.

Con este objetivo fundamental el dispositivo legal bajo estudio, prohíbe y sanciona todas las prácticas y actuaciones de los operadores económicos cuyos efectos desemboquen o puedan desembocar en la distorsión, disminución, limitación y, en ciertas circunstancias, hasta eliminación de la competencia efectiva; restricción de la competencia efectiva que tiene como efectos inmediatos, de un lado, la degeneración del proceso natural de las relaciones comerciales y, por tanto, la limitación de la libertad de empresa de aquellos competidores que se encuentran excluidos de la práctica restrictiva de la competencia; y, de otro, la disminución del derecho de los consumidores a tener una amplia variedad de ofertas en el mercado que le permitan escoger cuál de ellas es la que desea obtener.

El Legislador venezolano concibe entonces, bajo las premisas descritas, una normativa estructurada de la siguiente manera; una primera parte, en la que se expone el conjunto de comportamientos prohibidos<sup>3</sup> por la Ley, en función de los efectos restrictivos sobre la competencia y cuya puesta en marcha acarrea la posibilidad de imponer contundentes sanciones administrativas; y, una segunda parte, en la que se diseña el órgano administrativo, la *Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia*, llamado a velar y aplicar la Ley Procom-

---

3 Diversos son los comportamientos restrictivos de la competencia que se encuentran prohibidos en el texto legal venezolano protector de la competencia y cuya sistematización contempla, por una parte, una prohibición genérica de todas aquellas conductas que limitan, restringen o falsean la competencia efectiva; y, luego, una serie de artículos (del 6 al 13 y 17) en los que se especifica y definen las conductas prohibidas; tales como el boicot, las prácticas exclusionarias, los acuerdos colusorios, el abuso de posición de dominio, las concentraciones de empresa y, finalmente, la prohibición de comportamientos desleales.

petencia de conformidad con los objetivos y fines que la misma se plantea; asimismo, se describen los procedimientos administrativos que deberán ser aplicados por el mencionado órgano para a) la averiguación de hechos anticompetitivos (procedimiento sancionador); b) otorgar las autorizaciones previstas en el régimen de excepciones individuales y globales; y, para c) ejercer el control previo y posterior de las fusiones o concentraciones de empresas<sup>4</sup>.

## II. LA INCORPORACIÓN Y SANCIÓN DE LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL EN LAS LEYES ANTITRUST

La competencia económica ha sido objeto de tutela en los ordenamientos jurídicos a través de dos sistemas normativos, el de *las normas antimonopolio* que buscan la protección y el mantenimiento de la competencia libre en el mercado prohibiendo y sancionando las conductas que distorsionan el buen funcionamiento del mismo; y, el de *las normas de competencia desleal*<sup>5</sup> dirigidas a sancionar los actos desleales

4 Este último procedimiento no se encuentra desarrollado propiamente en la Ley Pro-competencia, sino que está regulado en el Reglamento No. 2 de la Ley, dictado por la Superintendencia Procompetencia y publicado en la Gaceta Oficial nº 35.963 del 21 de mayo de 1996

5 Sobre la competencia desleal se puede consultar entre otros la siguiente bibliografía: ALONSO SOTO, R. ("Competencia desleal y defensa de la competencia en España", Información Comercial Española. Revista de Economía, núm. 750, 1996); Ascarelli, T. (Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales. Traducción de Verdera Y Suarez-Llanos. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia. Casa Editorial BOSCH, Barcelona, 1970); Broseta Pont, M. (Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos, Madrid, 1977); CARPIO, M. (La competencia desleal y sus efectos sobre la dinámica del Mercado. Extraído de la página Web de la Superintendencia); CORDERO, M. y ANDRADE, B. (La competencia desleal en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, extraído de la página WEB de Procompetencia; GARCÍA EGEA, I.J. ("Recientes planteamientos jurisprudenciales en materia de competencia desleal y libre circulación de mercancías: la sentencia C-315/92 Clinique y su doctrina", Revista General de Derecho, núm. 621, junio 1996); Garrigues, J. (Curso de Derecho Mercantil, Tomo I, Editorial Tecnos, sexta edición, Madrid, 1972); González, T. (La competencia Desleal. Editores Forum, Caracas, 1992); MASSAUER, J. Y MONTEAGUDO, M. ("La confusión en el Derecho contra la competencia Desleal", Revista General de Derecho, núm. 625-626, octubre-noviembre, 1996); Morles, A. (Curso de Derecho Mercantil. Tomo I, Capítulo XI, Caracas falta fecha); PLAZA, A.T. ("Primeras aproximaciones de la jurisprudencia

que los empresarios en el ejercicio abusivo de su libertad de empresa puedan realizar.

Se denominan actos desleales a aquellas actuaciones deshonestas, contrarias a las buenas costumbres comerciales<sup>6</sup> llevadas a cabo por uno o varios empresarios para perjudicar a sus competidores a través de prácticas que tienden a desprestigiar a estos últimos o engañar a los consumidores, con el objetivo único de obtener el mayor número de clientes posibles mediante el desplazamiento del mercado del operador económico desacreditado.

Con relación al concepto de actos desleales y deslealtad se ha expresado dentro de la doctrina venezolana que,

es *desleal* el acto contrario a la finalidad misma de la competencia. Si bien es cierto que toda actividad económica nueva tiende a desviar la clientela ajena, no es menos cierto que puede hacerlo sin *abusar* de su derecho de iniciativa, mediante la promoción de sus cualidades propias, sin denigrar, falsear, injuriar y similares<sup>7</sup>.

Dicho en otros términos,

... (*omissis*)... la ilicitud dimana de la adopción de medios reputados como desleales porque son disconformes con el comportamiento

---

española a la figura de la publicidad engañosa por omisión: el caso Barclays”, Revista General de Derecho, núm. 625-626, octubre-noviembre, 1996); Sánchez Calero, F. (Instituciones de Derecho Mercantil. Introducción, empresa y sociedades. Decimonovena edición. Editorial Revista de Derecho Privado); Schricker, G. (“Últimos desarrollos de la Competencia desleal en Europa”, Revista General de Derecho, núm. 583, abril, Valencia, 1993); Soriano García, E. (“Competencia desleal y libre competencia: la óptica del derecho público.”, Revista de Derecho Público, núm. 51, julio-septiembre, 1992. Editorial Jurídica Venezolana); TRONCOSO Y REIGADA, M. (“El Marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust. Reflexiones entorno al Art. 7”, en Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez, Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1996).

- 6 La Ley española 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal define, en el artículo 5, los actos de competencia desleal en los siguientes términos: “se reputa desleal todo comportamiento objetivamente contrario a las buenas costumbres”.
- 7 BENTATA, V. (Teoría General de las Prácticas económicas ilícitas. Editorial Jurídica Venezolana, Instituto Nacional de Propiedad Intelectual, Universidad de los Andes, Caracas, 1995, p. 29)

adecuado de un empresario en el ejercicio de su derecho de competencia. El acto es desleal cuando es contrario a la finalidad misma de la competencia perjudicando al competidor en su interés individual, en definitiva, al interés colectivo. Esta deslealtad se traduce hoy en día, en forma general, en la disconformidad con el *principio de corrección profesional* que cada comerciante debe observar<sup>8</sup>.

Mediante la puesta en marcha de estos comportamientos desleales el agente que los realiza logra, o puede llegar a lograr, el desplazamiento ilegítimo de otros competidores, pues con los mismos provoca el aumento de la incertidumbre que existe normalmente en el mercado ya que perturba los costos de *transacción*<sup>9</sup> y *la información*<sup>10</sup> que el propio mercado

8 González, T. (La competencia Desleal..., cit., p. 50)

9 “Dar una definición exacta de los costos de transacción no es una tarea sencilla, sin embargo éstos son definidos por Dhalman, como los costos relacionados a la búsqueda de información, costos de negociación, costos de política y costos de imposición (obligación de cumplir un acuerdo). Una definición alternativa de los costos de transacción es la de Pejovich quien los define como el costo de descubrir oportunidades de intercambio, y de vigilar y hacer cumplir el intercambio, entendiendo el intercambio como un acuerdo entre dos partes para intercambiar bienes y servicios. Por lo tanto los costos de transacción comprenden, entre otros, los costos relacionados con las siguientes actividades: encontrar al agente económico con el que se va a negociar, informar a los agentes en general el deseo de negociar y en qué términos; conducir las negociaciones llevándolas a un acuerdo; y, emprender las inspecciones necesarias para asegurarse de que los términos del contrato sean observados.”. (CARPIO, M. La competencia desleal y sus efectos sobre la dinámica del mercado..., cit., p. 3.)

10 Dentro de un mercado la información surge de un conjunto de interacciones repetidas entre los distintos agentes que lo componen; tal información puede ser contentiva de muchos elementos: precio del bien transado, características del producto, lugar de venta, reputación del oferente, calidad del producto, etc. Por otra parte la información juega un papel fundamental en las interacciones que realizan los agentes en el mercado, ya que la misma forma parte del proceso de decisión que caracteriza los intercambios.

La atmósfera de incertidumbre bajo la cual interactúan los distintos agentes en el mercado, en ocasiones puede provocar la toma de decisiones erróneas y esto a su vez llevará a la consecución de resultados ineficientes desde el punto de vista de aquello que se espera recibir y lo que se recibe realmente. El hecho de que los individuos que integran al mercado se comporten según un patrón repetitivo, en el que aquellos mecanismos desleales de competencia no estén presentes, no erradicará por completo la incertidumbre, ya que aún se mantendrá la relativa a los sucesos y acciones futuras, no obstante si contribuirá a su disminución, ya que creará cierto clima de confianza, motivado, entre otras cosas, por la costumbre.” Idem, p.4

proporciona; en consecuencia, hace más difíciles la toma de decisiones de los competidores en la medida en que impide *la certeza social en la apropiación de bienes o en su transmisión entre los distintos participantes en el mercado*<sup>11</sup>.

Las normas *antitrust* y las normas que sancionan los actos de competencia desleal, se encuadran dentro de lo que se denomina el Derecho de la competencia en sentido amplio<sup>12</sup>, y fueron concebidas, en su origen, como dos ámbitos relativamente independientes de un mismo derecho que se diferenciaban, en primer término, en cuanto a los intereses, objetivos y funciones que los mismos debían perseguir; y, en segundo lugar, por la naturaleza y alcance de las prohibiciones que cada uno de estos sistemas disponía.

En la actualidad esta separación entre las dos ramas del Derecho de la competencia ha venido diluyéndose desde el momento en que se ha hecho énfasis en el principio según el cual es la protección del orden público económico, de la competencia en sí misma, y, por ende del buen funcionamiento del mercado, lo que en última instancia persigue el

---

11 Resolución de la Superintendencia Pro-competencia No. SPPLC/036-98 de 23 de noviembre de 1998, p. 28.

12 El Derecho de la Competencia está configurado por normas de carácter público y normas de carácter privado; las primeras se materializan mediante la regulación estatal del comportamiento de los operadores económicos, delimitando y protegiendo el ejercicio de la libertad de empresa y delineando, en consecuencia, la vida económica en general; las segundas -derecho mercantil y civil- organizan el desarrollo de las actividades económicas privadas.

Al enunciar el contenido del Derecho de la competencia como aquel sistema de normas jurídicas (privadas y públicas) que tienen directa conexión con el ejercicio de la libertad de empresa; con el desarrollo, entre los operadores económicos, de la libre competencia; y que regulan, definen y controlan las actividades comerciales que se desenvuelven en un mercado determinado, persiguiendo el establecimiento de un orden económico general que coincida con los postulados del Estado social de Derecho, se está hablando del Derecho de la Competencia en sentido amplio. Bajo esta acepción, se encuentran las *normas de Derecho Mercantil* -cuales son la Propiedad Industrial (Marcas, patentes e invenciones) y la Competencia desleal-, y las *normas de Derecho Administrativo*, como son las leyes de protección y defensa de la libre competencia, que vendrían siendo las normas de Derecho de la competencia en sentido estricto.

Estado mediante la promulgación y aplicación del derecho antitrust y del derecho de competencia desleal, creándose así entre ambas ramas un criterio unificador que no es más que el concebir a las mismas como normas que persiguen la protección de la competencia económica<sup>13</sup>.

La incorporación de este principio unificador ha significado que las razones<sup>14</sup> que en épocas anteriores definían y sustentaban la separación entre el derecho regulador de las conductas anticompetitivas y el derecho regulador de las conductas desleales hayan dejado de tener validez, dando paso a la introducción dentro del derecho antitrust de un nuevo tipo ilícito distinto a los que normalmente se encuentran prohibidos en las normas antimonopolio y que no es más que el acto de competencia desleal cuya ejecución pueda influir o condicionar, la competencia entre

---

13 Para conocer con mayor profundidad la afirmación según la cual el derecho de competencia desleal y el derecho *antitrust* se encuentran unidos bajo un único criterio que les proporciona un mismo objeto de protección, resulta muy interesante la lectura del trabajo de PAZ-ARES, C. ("El ilícito concurrencial de la dogmática monopolista a la política *antitrust*...", cit.) en la que se encuentra el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de esta evolución en el ordenamiento jurídico alemán, desde finales del siglo pasado hasta la fecha de la publicación del trabajo (1981).

14 Las razones que en su momento determinaron la separación de estas disciplinas jurídicas fueron las diferencias existentes entre las normas antitrust y las normas de competencia desleal, diferencias que suponían distintos procedimientos y distintas sanciones. Tales diferencias son expuestas clara y brevemente por ALONSO SOTO cuando nos dice que "... (omissis)... hay que señalar que tradicionalmente se venía afirmando la necesidad de separación en razón de las diferencias existentes entre ambos tipos de normas, a saber:

. En cuanto a la función que cumplen. Mientras las normas que sancionan las restricciones de la competencia persiguen la ordenación del mercado para lograr el máximo de eficiencia del mayor grado de libertad económica, las normas sobre competencia desleal persiguen fundamentalmente la ordenación de la profesión. Así pues, el bien jurídico protegido es, en el primer caso, la libertad de empresa, mientras que, en el segundo, lo es la deontología profesional.

. En cuanto al interés protegido. Mientras las normas sobre la libertad de competencia persiguen la protección de un interés público, el llamado orden económico, las normas sobre competencia desleal persiguen la defensa de los intereses privados de los empresarios en conflicto.

. En cuanto a la naturaleza y el alcance de la prohibición. Mientras las normas sobre la libertad de competencia atienden fundamentalmente a la finalidad perseguida por la práctica (limitar o falsear la competencia), las normas sobre competencia desleal atienden al medio empleado en la realización (deslealtad)." ALONSO SOTO, R. ("La competencia desleal y defensa de la competencia en España" ..., cit., p. 10)



los competidores en el mercado y, por ende, impedir la eficiencia dentro del mismo.

El control y prohibición en las legislaciones antimonopolio de los comportamientos desleales que pueden asumir los empresarios en sus relaciones comerciales, tiene su fundamento en el hecho de que a través de los mismos no sólo se perjudica al rival competidor, sino también a los consumidores que pueden ver influidas sus decisiones por causa de la injerencia que los actos de competencia desleal ejercen sobre los mismos; de ahí que se afirme que: “coexisten en la regulación de la competencia ilícita o desleal la defensa de un interés público”, ya que se falsea la libre competencia, se limita la libertad de empresa en detrimento del particular afectado y de los consumidores, y “el interés particular de los competidores dañados, que ven disminuidas sus ganancias o la aparición de pérdidas, que pueden llevar a la desorganización o la destrucción de la empresa”<sup>15</sup>.

Bajo estas premisas, el artículo 17 de la Ley Procompetencia prevé la represión o prohibición de determinados actos de competencia desleal que tengan como efecto influir en la competencia económica del mercado limitándola o restringiéndola. El legislador venezolano, en su interés por conservar y proteger los mecanismos competitivos que se desarrollan en una economía de mercado, ha considerado relevante –tomando en cuenta el criterio unificador de las normas desleales y antimonopolio– vigilar y prohibir aquellos comportamientos o políticas comerciales que uno o más empresarios lleven a cabo contrariando las normas, costumbres y usos comerciales, y que de los mismos se deriven graves repercusiones contra el mercado y su desenvolvimiento eficaz.

En efecto,

todo acto de competencia desleal es un acto contra la libre competencia. No es admisible que exista una libertad basada en la deslealtad. Y resulta perfectamente imaginable que en la defensa de la libertad se examinen los supuestos de deslealtad y que se encomendara la custodia de las reglas jurídicas de protección de ambas cualidades de la competencia (desleal e ilícita) a un órgano único<sup>16</sup>.

---

15 Sánchez Calero, F. (Instituciones de Derecho Mercantil... , cit., p. 141)

16 Soriano García, E. (“Competencia desleal y libre competencia: la óptica del derecho público.”..., cit., pp. 47-52)

La inclusión de comportamientos desleales dentro de la normativa antimonopolio venezolana se produce dentro de un marco jurídico distinto al español, pues mientras en éste hay una legislación específica que regula y sanciona los actos de competencia desleal, en Venezuela son distintos los instrumentos jurídicos que tratan esta materia, de ahí que en el próximo apartado se expongan de forma sucinta tales instrumentos para poder así determinar la posición y la importancia que frente a los mismos tiene el artículo 17 de la Ley Procompetencia.

### **III. LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO Y LA COMPATIBILIDAD DE PROCEDIMIENTOS ENTRE LAS DISTINTAS NORMATIVAS LEGALES**

El ordenamiento jurídico venezolano carece, a diferencia del español, de un texto legal específico que regule y reprima los actos de competencia desleal y, por tanto, se inserta dentro de los sistemas jurídicos que sancionan a éstos últimos desde los principios de la responsabilidad extracontractual<sup>17</sup>.

En efecto, aunque no exista una normativa única que centre la sanción de estos comportamientos desleales desde la perspectiva del empresario, del consumidor y del interés general, si hay una serie de normas dispersas que permiten, con sus limitaciones, iniciar un procedimiento o bien ante los tribunales ordinarios, cuando se trata de los intereses de los particulares; o bien, ante la administración y los tribunales contencioso administrativo cuando el acto desleal afecte el mercado y el desenvolvimiento de la competencia libre, a los fines, en uno y otro caso, de exigir de los órganos jurisdiccionales, el cese del comportamiento desleal.<sup>18</sup>

---

17 Para conocer la diferencia entre los sistemas existentes que regulan la competencia desleal –uno que la reprime sobre la base de los principios de la responsabilidad extracontractual y, otro, que la sanciona sobre la base de una normativa específica– y las consecuencias jurídicas de uno y otro, *vid* González, T. (*La competencia Desleal...*, cit., p. 117).

18 En la exposición de la normativa venezolana que reprime la competencia desleal se seguirán los trabajos de González, T. (*La competencia Desleal...*, cit., pp. 130 y ss.) y CORDERO, M. y ANDRADE, B. (*La competencia desleal en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia...*, cit., pp. 7 y ss.)

En efecto, por una parte, nos encontramos con la *Ley de Propiedad Industrial*, en cuyo texto se prevé una sanción parcial de los actos desleales mediante la tutela penal prevista en su capítulo XII. En el ámbito de los Tratados Internacionales y regionales rige en Venezuela el *Convenio de la Unión de París, las Normas de Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena*.

El artículo 10 del *Convenio de la Unión de París* define la competencia desleal como “todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”, y expone una lista ejemplificativa de los mismos al señalar que son actos desleales aquellos que creen confusión; las alegaciones falsas que tiendan a desacreditar el establecimiento comercial, los productos o la actividad comercial en sí; y, las indicaciones que induzcan a error sobre la naturaleza o características del producto.

En virtud de que este artículo nada dice con relación a las consecuencias jurídicas que se presentarían ante la presencia de un acto de competencia desleal, se precisa acudir al Código Civil y al Código de Comercio venezolanos; es decir, se busca la sanción de estos comportamientos mediante los principios de responsabilidad extracontractual regulados en los artículos 1.185<sup>19</sup> del Código Civil y 98 del Código de Comercio<sup>20</sup>, que permiten al competidor lesionado dirigirse ante los

---

19 “Artículo 1.185: El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

Debe igualmente reparación quien haya causado un daño a otro, excediendo, en el ejercicio de su derecho, los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho.”

20 “Puede considerarse como competencia desleal las actuaciones que realice el factor mercantil en incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 98 del Código de Comercio. En dicho artículo se prohíbe al factor mercantil y a los dependientes traficar por su cuenta y tomar interés en nombre propio y ajeno, en negociaciones del mismo género que las del establecimiento en que sirven a menos que fuesen expresamente autorizados para ello. En caso de contravención, se aplicarán al principal las utilidades que produzcan las negociaciones, quedando las pérdidas por cuenta de aquellos.” CORDERO, M. y ANDRADE, B. (*La competencia desleal en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia...*, cit., p. 8)

tribunales mercantiles para exigir de éstos la indemnización de los daños producidos y el cese de la práctica desleal.

Por otra parte, la *Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena*, protege a los titulares de las marcas registradas y el buen ejercicio del derecho de propiedad intelectual en el ámbito de la comunidad interandina, mediante la prohibición de la utilización del signo idéntico o similar de una marca registrada cuando tenga como consecuencia, a) la confusión del consumidor; b) un daño económico al titular de la marca registrada; c) la disolución de la fuerza distintiva de la marca o de su valor comercial.

Desde la perspectiva de los consumidores, la Nueva Ley Venezolana de Protección al Consumidor y al Usuario<sup>21</sup> proporciona a éstos las acciones pertinentes en caso de que vean lesionados sus derechos a elegir claramente y sin engaños los servicios y productos que el mercado les ofrece; en otras palabras, los consumidores podrán acudir a los órganos jurisdiccionales cuando se presenten actos de competencia desleal tales como la confusión, la publicidad comparativa, indiscriminación, el engaño y la baja calidad de los productos. En efecto, el artículo 48 de la Ley mencionada no habla específicamente de comportamientos desleales sino que hace una descripción de algunos de ellos, prohibiéndolos en los siguientes términos:

Artículo 48: En cumplimiento de los objetivos de esta Ley se prohíbe:

1. - Ofrecer bienes o servicios, atribuyéndoles características, cualidades, comprobaciones, resultados o certificaciones que no puedan ser verificados de manera objetiva;
2. - Anunciar o vender como nuevos, bienes usados o reconstruidos;
3. - Hacer declaraciones falsas concernientes a los precios de bienes o tarifas de servicio;
4. - Promover bienes o servicios con base a declaraciones concernientes a desventajas o riesgos de cualquier otro bien o servicio de la competencia, a menos que disponga de elementos probatorios para fundamentar lo declarado;
5. - Incumplir con las ofertas de regalos, premios, muestras u otras entregas gratuitas;

---

21 Publicada en la *Gaceta Oficial* Nº 4897 Extraordinario de fecha 17 de mayo de 1995.

6. - Citar certificaciones testimoniales o respaldos sin identificar la fuente;
7. - Atribuir a determinados bienes o servicios características medicinales o curativas, sin contar con el correspondiente apoyo científico otorgado por la autoridad sanitaria nacional correspondiente.

Ahora bien, es importante destacar que las normas que hasta ahora se han señalado tienen como objetivo fundamental proteger a los particulares –empresario, consumidor– de los efectos que tales actos desleales les puedan proporcionar, indistintamente de que dichos actos afecten o no al mercado e impidan el desarrollo libre de la competencia económica. De manera que lo que se persigue con estas disposiciones es la reparación de los daños producidos en la esfera jurídica de los particulares, sancionar a aquél o aquéllos que hayan realizado el daño y suspender los efectos del acto desleal.

Lo cual significa que hasta la promulgación de la Ley Procompetencia, no había en el sistema jurídico venezolano norma alguna que tutelara, mediante la represión de los actos desleales, la competencia económica entendida como una institución. Dicho en otros términos, no se sancionaba los comportamientos deshonestos desde la perspectiva del orden público económico, en este ámbito de las relaciones comerciales, mediante la puesta en marcha de mecanismos jurídicos que protegieran el buen funcionamiento del mercado y con ello, de forma indirecta, tutelara los derechos de los empresarios y de los consumidores.

Con la vigencia de una ley protectora de la competencia económica se va a incorporar, dentro del ordenamiento jurídico venezolano, la prohibición de los actos desleales produciéndose la sanción de los mismos cuando éstos afecten directamente el mercado y, por ende, cuando la competencia económica en sí misma se vea distorsionada, disminuida o limitada. Ello equivale a decir que, dentro del ordenamiento jurídico venezolano, aparecen dos perspectivas a partir de las cuales se sancionan los actos desleales y que se distinguen entre sí por los intereses que las distintas normas tutelan.

La primera perspectiva o visión, tiene que ver con los intereses de los particulares y con el derecho por parte de los afectados de solicitar la indemnización ante los órganos jurisdiccionales ordinarios de los daños y perjuicios causados por un comportamiento desleal; intereses y derechos

tutelados en las normas que se señalaron con anterioridad. Y, la segunda perspectiva, se refiere claramente a la protección de un interés público –el orden público económico–, asumido por las normas antimonopolio que sancionan los actos desleales al considerarlos ilícitos antitrust desde el mismo momento en que pueden cercenar la competencia económica dentro del mercado.

Estas afirmaciones llevan a la conclusión de que tales normas, tanto las que defienden los intereses de los particulares como las que tutelan el orden público económico, persisten y conviven conjuntamente; es decir, que una no absorbe a la otra, ni tampoco se excluyen entre sí, sino que perviven los efectos de las distintas normativas que regulan el comportamiento desleal. Se asume, por tanto, la concepción dualista en la interpretación del artículo 17 de la Ley Procompetencia, según la cual “en los casos de actos desleales con relevancia antitrust nos encontraríamos ante conductas que son merecedoras de un doble reproche por parte del ordenamiento jurídico: pasarían a ser ilícitos antitrust sin dejar de ser ilícitos desleales”<sup>22</sup>

En la doctrina española, específicamente Troncoso y Reigada, considera que el legislador español ha asumido la concepción dualista al incorporar actos desleales en el marco de la legislación antimonopolio española. Así, nos explica que hay dos maneras o visiones –la concepción monista y la concepción dualista– de entender la tutela de los actos desleales por la normativa antitrust, y dependiendo de la visión que el legislador asuma, surgen efectos jurídicos distintos en cuanto a la competencia por parte de los órganos jurisdiccionales y administrativos de conocer o no estos comportamientos considerados dañinos para el mercado.

En este sentido, el autor mencionado nos expone que de conformidad con la concepción monista “...los actos de competencia desleal que tuvieran relevancia antitrust dejarían de ser ilícitos desleales para pasar a ser exclusivamente ilícitos antitrust”; de manera que:

---

22 TRONCOSO Y REIGADA, M. (“El Marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust. Reflexiones en torno al art. 7” ..., cit., p. 1047)

...el artículo 7 de la LDC tendría fundamentalmente una función “procesal”; el precepto sería primordialmente una norma de atribución de competencias en cuya virtud se otorgaría al TDC conocimiento exclusivo de este tipo de conductas desleales. (...) de esta función básica se derivaría necesariamente otra consecuencia sustantiva: el ilícito desleal quedaría en estos casos “absorbido” por el antitrust, no siendo posible acudir con respecto al mismo a la jurisdicción ordinaria. En tanto que para la concepción dualista, la función del artículo 7 LDC no sería atribuir al TDC competencia exclusiva para conocer de los actos de “deslealtad de mercado”, sino, simplemente, dotar a los mismos de relevancia antitrust, ampliando el número de conductas prohibidas y, en concreto, el número de “ilícitos desleales de relevancia antitrust”.

De lo que se derivaría, en consecuencia, que:

...la competencia con respecto a estas conductas en cuanto ilícitos desleales va a continuar recayendo en los jueces y tribunales ordinarios de la Jurisdicción Civil (...). Los actos de deslealtad de mercado –al igual que el resto de los ilícitos desleales con relevancia antitrust– constituyen supuestos de hecho merecedores, al menos, de un doble reproche: uno desleal, otro antitrust. Por lo tanto, de los mismos nacerían, como mínimo, una dualidad de efectos. Por un lado, unas acciones civiles ejercitables ante la jurisdicción ordinaria; por otro, una serie de “facultades” administrativas ejercitables ante el TDC o ante el Servicio de Defensa de la Competencia<sup>23</sup>.

En el caso de la legislación venezolana, se ha expresado arriba que la concepción que a nuestro juicio ha asumido el legislador venezolano ha sido la dualista, y ello se evidencia de la lectura del artículo 55 de la Ley Procompetencia, que le otorga al agraviado la opción de decidir si acudir ante la jurisdicción ordinaria o dirigirse a la jurisdicción administrativa, pues, ambos procedimientos son válidos y la utilización de una vía no excluye la otra; por el contrario, el administrado o ciudadano tiene la facultad, una vez puesta en marcha una de las acciones que le corresponden, utilizar las otras.

Estas afirmaciones nos conectan directamente con la problemática que se presenta cuando distintos instrumentos jurídicos regulan y

---

23 Ídem, pp.1048-1049.

reprimen un mismo comportamiento, pues cabe la posibilidad de que concurren distintos procedimientos y podría reproducirse, entonces, la incompatibilidad entre los mismos; o la exigencia de establecer un orden para iniciar el procedimiento ante el órgano administrativo; o el procedimiento ante los órganos jurisdiccionales ordinarios.

Para aclarar estas posibles situaciones o dudas hay que recordar, en primer lugar, que las normas jurídicas que regulan los comportamientos desleales –normas de propiedad industrial, de competencia y de protección al consumidor– tutelan, al menos en el estado actual en el que se encuentra regulada esta materia dentro del ordenamiento jurídico venezolano, intereses jurídicos distintos; de manera que las sanciones y los efectos que generan la aplicación de las mencionadas normas van dirigidas a ámbitos diversos. De ahí la afirmación de que una acción –mercantil o administrativa– no puede excluir la otra y muchos menos influirse recíprocamente.

En segundo lugar, el propio artículo 55 de la Ley Procompetencia así lo dispone cuando señala que:

Artículo 55: Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo único de este Artículo, los afectados por las prácticas prohibidas, podrán acudir a los tribunales competentes para demandar las indemnizaciones por daños y perjuicios a que hubiere lugar, una vez que la Resolución de la Superintendencia haya quedado firme.

Párrafo Único: En caso de infracción de las disposiciones de la Sección Tercera del Capítulo II del Título II de esta Ley, los afectados podrán acudir directamente ante los tribunales competentes, sin necesidad de agotar la vía administrativa. Sin embargo, si los afectados decidieren iniciar el respectivo procedimiento administrativo, de conformidad con las disposiciones del Capítulo I del Título IV de esta Ley, no podrán demandar el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubieren podido sufrir como consecuencia de prácticas prohibidas, sino después que la resolución de la Superintendencia haya quedado firme.

De manera que el afectado es libre en la escogencia de las jurisdicciones para que conozcan del comportamiento desleal, sin embargo, si acude como primera opción a la Superintendencia Procompetencia para que conozca de la violación del artículo 17, es necesario que ésta haya dictado su resolución y que la misma haya quedado firme



para que el administrado pueda, entonces, dirigirse a la jurisdicción ordinaria y solicitar de la misma el resarcimiento de los daños y perjuicios.

En este mismo sentido la doctrina venezolana ha expresado:

Debe aclararse que, en el punto presente, que la declaratoria de ilegitimidad de una conducta por parte de un juez mercantil, no implica la creación de un precedente judicial que vincule a la Superintendencia Procompetencia en su decisión. Es decir, en el supuesto de que se interpusiera una denuncia ante la Superintendencia Procompetencia, por la supuesta infracción del artículo 17 de la ley especial, e igualmente se demande a un agente ante la jurisdicción mercantil, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.185 del Código Civil, la Superintendencia Procompetencia tendría dos opciones:

- 1) determina que la conducta es ilegítima, por lo cual sanciona al agente infractor, quedando legitimados los afectados por dichas prácticas, en virtud del artículo 55 de la Ley Procompetencia, a acudir a los tribunales competentes a solicitar el resarcimiento de daños.
- 2) determina que la conducta no es violatoria del artículo 17 de la Ley, por lo cual declara sin lugar la denuncia. En este caso, aun el tribunal ordinario puede decir que es procedente la indemnización y esto en vista de que el daño a un particular determinado no implica el daño al mercado

Con relación a la materia de protección al consumidor y a los actos desleales que pueden afectar tanto a los consumidores como a la estructura del mercado, la Superintendencia Procompetencia en recientes resoluciones se ha pronunciado estableciendo los parámetros que distinguen la Ley de Protección al Consumidor de la Ley Procompetencia, determinando de esta manera en qué casos dicho organismo es competente para conocer de actos desleales. En este sentido, el mencionado órgano ha aclarado:

...es preciso distinguir entre la protección que ejerce la legislación de defensa al consumidor, la cual protege los derechos del consumidor final, y la de defensa de la competencia, la cual se dirige a proteger la transparencia en las transacciones económicas que los distintos agentes en el mercado desarrollan, incluida aquella que vincula la función de demanda.

Así, cuando la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario señala actos contrarios a los intereses de los consumidores como lo es la

confusión, engaño y otras semejantes, surge una aparente coincidencia con los supuestos de prácticas establecidas en el artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Esta supuesta coincidencia desaparece al comprobar que los destinatarios de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, y los de la Ley para Promover y Proteger la Libre Competencia son diferentes, pues los fines tutelados en ambas leyes son distintos.

Si los afectados son los consumidores finales, entendidos como aquellos que la legislación reviste con un carácter de débil jurídico, el organismo competente será Protección al Consumidor (INDECU). Por el contrario, si el afectado es algún agente económico en su condición de participante en el mercado, la jurisdicción corresponderá al órgano de competencia (Pro-Competencia), pues en tal caso se afecta la transparencia de la información que se transmite en el mercado, bien por la limitación de la oferta o bien por la erosión en las legítimas expectativas de los agentes que concurren a él. Por último, si la afectación recae simultáneamente sobre los consumidores finales y sobre la competencia del mercado, corresponderá a ambos organismos proteger los fines tutelados en cada ámbito<sup>24</sup>.

#### **IV. PROHIBICIÓN Y SANCIÓN DE LOS ACTOS DESLEALES EN LA LEY PROCOMPETENCIA**

En el marco del Derecho comparado, la legislación antitrust española confiere al Tribunal de Defensa de la Competencia<sup>25</sup> la potestad de conocer aquellos actos de competencia desleal que puedan falsear sensiblemente la competencia efectiva entre los competidores; así, el artículo 7 de la mencionada Ley dispone que:

El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público.

---

24 Resolución de la Superintendencia Pro-competencia No. SPPLC/036-98 del 23 de noviembre de 1998, p. 18.

25 Que es el órgano administrativo español encargado de aplicar la Ley de Defensa de la Competencia

Al igual que en España, el artículo 17 de la Ley venezolana protectora de la competencia económica, prohíbe los actos de competencia desleal y lo hace de una manera un tanto distinta al legislador español en cuanto el artículo venezolano especifica cuáles son los actos desleales que van a ser objeto de la aplicación de la Ley en la medida en que obstruyan la libre empresa y restrinjan la competencia efectiva. La incorporación de una lista de actos desleales a la Ley Procompetencia, puede tener su razón de ser en el hecho de que, hasta los momentos, en el ordenamiento jurídico venezolano no hay, como en el español, una legislación específica que sancione y defina los comportamientos desleales que puedan desplegar los actores económicos en sus relaciones comerciales. En efecto, la mencionada disposición expresa:

Artículo 17 Se prohíbe el desarrollo de políticas comerciales que tiendan a la eliminación de los competidores a través de la competencia desleal y, en especial, las siguientes:

1º La publicidad engañosa o falsa dirigida a impedir o limitar la libre competencia;

2º La promoción de productos y servicios con base en declaraciones falsas, concernientes a desventajas o riesgos de cualquier otro producto o servicio de los competidores, y

3º El soborno comercial, la violación de secretos industriales y la simulación de productos.

La norma establece en primer término, un supuesto general que incluye la prohibición de todas aquellas políticas comerciales desarrolladas a través de actos desleales o prácticas ilegítimas que tengan como objeto o efecto la eliminación de los competidores. El legislador persigue mediante este artículo evitar o sancionar la utilización de medios deshonestos para lograr beneficios a aquel que los utiliza en perjuicio de la eficiencia dentro del mercado y de todos los participantes en el mismo. Así, lo que en definitiva se pretende es proteger:

...la capacidad de competir efectivamente, lo cual es posible siempre que los derechos económicos de las empresas actuantes en los mercados estén adecuadamente delimitados y debidamente protegidos por el Poder Público. Ello supone no sólo la integridad de los derechos de los bienes transados en sí, sino más allá, en la reputación de las empresas, o de los productos que comercian. Esta es una función

pública esencial, pues atiende a la promoción de la competencia en los mercados, la cual genera beneficios sociales evidentes. En efecto, las empresas se verán poco interesadas en colocar y vender sus mercancías en el mercado y competir con sus rivales, si los poderes públicos no le aseguran la integridad de sus derechos sobre sus bienes, lo que en el ámbito económico se traduce en propiciar una apropiabilidad efectiva sobre los recursos sociales. La eliminación de fuentes de distorsión a los derechos de propiedad supone la prohibición, dirigida a todos aquellos que realicen actividades comerciales de conductas que puedan menoscabar tal certeza social en la apropiación de bienes<sup>26</sup>.

En segundo lugar, aparecen tres conductas específicas catalogadas como desleales: la publicidad engañosa o falsa; la promoción de productos con base a declaraciones falsas; y, por último, el soborno comercial, la violación de secretos comerciales y la simulación de productos o actos de confusión.

#### ***IV.1. Requisitos para que se verifique el control antitrust de los actos de competencia desleal***

Ahora bien, antes de estudiar cada supuesto de acto desleal previsto en el artículo 17, se precisa aclarar un punto de suma importancia que ha sido planteado con mucho énfasis dentro de la doctrina española y que está relacionado con la delimitación de la competencia de la Superintendencia para conocer conflictos que se generan por la puesta en práctica de actos de competencia desleal; delimitación de competencia que debe hacerse en la medida en que esta es una materia que es también tratada por los órganos jurisdiccionales ordinarios. En otras palabras, la pregunta que cabría hacerse en este contexto es si, como consecuencia de la disposición anteriormente transcrita, se podría derivar la facultad de la Superintendencia Procompetencia de conocer de *todos* los actos de competencia desleal que impliquen confusión, denigración o desorganización de la empresa del agente económico que se vea afectado por tales comportamientos.

---

<sup>26</sup> Ídem, p. 28.

En relación con dicha interrogante, la doctrina española<sup>27</sup> así como el Tribunal de Defensa de la Competencia han expresado –al interpretar y aplicar el artículo 7 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de 1989 de Defensa de la Competencia– que el órgano administrativo (Tribunal de Defensa de la Competencia) podrá analizar únicamente aquellos casos de competencia desleal que se caractericen por cumplir con tres requisitos cuya concurrencia deberá ser concurrente:

- a) que el comportamiento pueda tipificarse como de competencia desleal conforme a la Ley 3/1991 de Competencia Desleal;
- b) que afecte el interés público, configurado como el bien jurídico protegido por la Ley; y, finalmente,
- c) que afecte de modo grave a los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado.

La falta de uno de estos elementos que configuran el supuesto prohibitivo de la norma antimonopolio tiene como consecuencia que la revisión y el estudio del acto no corresponderá al Tribunal de Defensa de la Competencia sino a los tribunales ordinarios correspondientes.

Se concluye de lo anterior, que sólo en aquellos casos en los cuales las deslealtades de los operadores económicos supongan una verdadera disminución a la competencia económica y, por ende, se afecte considerablemente al mercado, es cuando se pueden sancionar dichos comportamientos desleales mediante la aplicación de las normas antimonopolio. En este sentido, la doctrina española ha considerado recientemente que:

...en el caso de la competencia desleal se procura simplemente que entre dos o entre pocos contendientes las armas utilizadas sean las del juego limpio; pero si hay juego sucio y no afecta al mercado, como casi nunca lo afecta, el antitrust tiene poco que decir. *Solamente cuando la deslealtad sea de tal magnitud o intensidad que suponga un atentado al mercado podrá configurarse como un ilícito anti-trust (...)* cuando la deslealtad por sí misma, incluso autónomamente –es decir, sin necesidad de venir ligada a un cártel o a una posición de dominio-

---

27 Cfr. Sánchez Calero, F. (Instituciones de Derecho Mercantil..., cit., pp. 135 y 136).

es capaz de devastar un mercado, entonces, y por razones de protección al mercado, cabe configurar la deslealtad como un atentado a la libre competencia<sup>28</sup>. (cursivas nuestras)

De manera que el elemento determinante es que el acto catalogado como desleal afecte la competencia económica en sí entre los empresarios y que dicha afectación sea de tal magnitud que distorsione o pueda distorsionar los mecanismos intrínsecos del mercado, anulando así toda posibilidad de eficiencia en el ejercicio del derecho de competencia de los competidores. En efecto,

...es necesario interpretar los referidos requisitos unitariamente, ya que el interés público al que alude la norma no es otro sino el interés público al mantenimiento de un sistema competitivo. Su lesión sólo puede provenir vía falseamiento del mismo y, en concreto, falseamiento grave. De acuerdo con este planteamiento, hay que hacer un juicio integrado sobre las condiciones que motivan que el acto de competencia

---

28 Soriano, J.E., (Derecho Público de la competencia..., cit., p. 21). Más adelante el autor subraya que el fundamento del control de los actos desleales por las normas antitrust es que se considera al mercado como un bien de interés público que el Estado deberá proteger; de ahí que sólo cuando tales actos desleales afecten ese bien -el mercado- es necesario recurrir a la legislación protectora de la competencia: "La defensa de la competencia, hay que insistir, se sitúa en el mercado-institución. La competencia desleal, en el mercado negocio-individual. Lo que cuenta en el mercado-institución es el interés general que representa la existencia de ese mercado, tanto desde el punto de vista del producto como desde el punto de vista geográfico. Y todo ello concebido desde la perspectiva del orden público económico, esto es, de las condiciones de funcionamiento del propio mercado como elemento que incorpora el interés general. La existencia del mercado como bien general, no sólo de los que concurren en él, sino de los futuros entrantes, de los auxiliares del mercado o mercados ancilares, de los subproductos, de los consumidores y usuarios, de la colectividad en general. Naturalmente realizada a través de la actuación de operadores económicos concretos en ejercicio de su libertad de empresa. Por el contrario, en el caso de la competencia desleal lo que se utiliza es el punto de vista individual de la lucha concreta entre dos o más operadores económicos, no del mercado en su globalidad. De manera que por dura y poco limpia que sea tal pugna, si el resultado no afecta globalmente al mercado, la defensa de la competencia no se ocupa de él. Si el mercado sigue siendo igualmente eficiente, aunque desaparezca un operador por daño provocado deslealmente, la defensa de la competencia no se encuentra en necesidad de disparar sus resortes, ya que su objetivo, un mercado eficiente considerado globalmente, no sufre." (Ídem, p. 29).

desleal se considere contrario al interés público: que el mismo falsee o esté en condiciones de falsear –ya que el ilícito antitrust es un ilícito de peligro- la libre competencia en todo o en parte del mercado nacional; y que dicho falseamiento sea sensible o relevante<sup>29</sup>.

Por su parte en Venezuela, la necesidad de delimitar el ámbito de actuación en materia de competencia desleal del órgano administrativo llamado a velar por la aplicación de la Ley Procompetencia, indujo a dicho órgano a determinar –al igual que en España– los elementos o los requisitos que debían configurar los actos desleales para poder ser evaluados y posiblemente sancionados en esa instancia. De ahí que desde el inicio de las actividades de la Superintendencia Procompetencia se observe, en las primeras resoluciones que resolvían conflictos en los que estaban involucrados posibles actos de competencia desleal, intentos de establecer los elementos configuradores de dichos actos cuyos rasgos se han venido perfilando y aclarando en el transcurso de estos años.

En efecto, con relación a este tema ha habido una evolución interpretativa en la doctrina administrativa de la Superintendencia cuyo proceso tiene directa relación con el desarrollo que sobre este mismo punto ha habido en España. Así, en un primer momento la Superintendencia Procompetencia había delimitado su conocimiento de los actos desleales al declarar que sólo podía someter a su consideración aquellos comportamientos deshonestos que desplegaran efectos restrictivos sobre la competencia efectiva, y que para ello era necesario que el comportamiento desleal proviniera de un acuerdo colusorio o de un sujeto económico que, considerado individualmente, tuviera una situación importante de poder dentro del mercado que pudiera con su sola actuación influir en las decisiones de sus rivales.

Estas afirmaciones fueron pronunciadas en la Resolución N° SPPLC/0003-95, en la que la Superintendencia había definido los criterios básicos para la aplicación del artículo 17 de la Ley Procompetencia en los siguientes términos:

---

29 TRONCOSO Y REIGADA, M. (“El Marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust. Reflexiones en torno al art. 7”..., cit., p. 1043).

...Es este requerimiento de tener efectos sobre la competencia lo que distingue el ámbito de aplicación de la Ley. No es posible hacer ninguna generalización acerca de los efectos de que deben resultar de una práctica para que la misma sea considerada desleal, y en consonancia con ello, deben probarse los efectos que la práctica en particular genera sobre el mercado. No bastando entonces, que se realice un acto comercial que pueda ser calificado como desleal, es necesario probar que la competencia haya sido afectada, para lo cual resulta claro para esta Superintendencia, que el análisis de tales efectos debe realizarse sobre la base de cada caso en particular.

Constituye entonces, la competencia desleal a la luz de la Ley venezolana, una manifestación del poder de mercado por parte de los participantes en el mismo, a través de actuaciones basadas en conductas desleales que restringen de esta forma la libertad de permanencia de los competidores en el mercado e imponen condiciones en las relaciones de intercambio (...) no resulta relevante, a los efectos del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el ejercicio de la Libre Competencia, el que los consumidores se vean afectados en forma particular, el aspecto esencial lo constituye, el que se afecte la demanda que enfrenta el competidor perjudicado por la práctica, quién ha sido lesionado en su capacidad de llegar a sus clientes.

Y más adelante, como consecuencia de lo anteriormente expresado, la Superintendencia determina los elementos o requisitos ha tomar en cuenta por ella a fin de considerar un acto desleal prohibido desde la perspectiva de la legislación antimonopolio. Tales requisitos eran para ese momento:

1. - En primer lugar, que la práctica desleal surja de un acuerdo o concentración entre competidores o de la decisión unilateral de un solo agente económico que ostente poder de mercado; y
2. - En segundo lugar, que la misma tenga por efecto impedir, falsear o limitar la competencia, es decir, que tienda a la eliminación del competidor<sup>30</sup>.

---

30 Resolución de la Superintendencia Pro-competencia Nº SPPLC/0003-95 de 9 de enero de 1995, pp. 12 y 13. Se precisa destacar que la Resolución apenas transcrita toma como fuente una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia español interpretativa de la antigua Ley 110/1963 de defensa de la competencia derogada en su totalidad por la Ley 16/1989.



Esta primera aproximación a la materia por parte de la Superintendencia es recogida de la interpretación que en España se hacía del apartado d) del artículo 3 de la derogada Ley española de Prácticas Restrictivas de la Competencia; es decir, que la Superintendencia hizo suyo criterios doctrinales y jurisprudenciales sobre el análisis de los actos desleales que para ese momento estaban más que superados en España, lo que demuestra como en muchas ocasiones se han venido recogiendo y asumiendo con cierta informalidad principios, definiciones y posiciones sin que las mismas sean realmente estudiadas o pensadas para incorporarlas al ordenamiento antitrust venezolano.

En efecto, hoy en día tanto en la doctrina española como la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, reconoce que el artículo 7 de la LDC recoge un nuevo ilícito antitrust, los actos desleales, como comportamientos distintos y claramente diferenciados a aquellos constituidos por las prácticas colusorias y por la posición de dominio en el mercado. En este sentido, se pronuncia de forma muy clara TRONCOSO Y REIGADA al interpretar el artículo 7 de la Ley antitrust vigente en España:

...el legislador de la LDC se ha decantado por proscribir en el plano antitrust –y a diferencia de lo que ocurría bajo la antigua Ley de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 20 de diciembre de 1963– aquellas conductas desleales que, aun no naciendo como consecuencia de prácticas colusorias, ni siendo realizadas por empresas que ostentan una posición dominante, revistan una especial gravedad para el mercado.

Y en una nota a pie de página el autor profundiza sobre este tema al expresar que:

Este precepto (el artículo 7) ha sido aparentemente relacionado con el apartado d) del artículo 3 de la ya derogada LPRC. Sin embargo, a nuestro entender, su significado es radicalmente distinto. Mientras que aquél precepto hacía referencia a los actos de competencia desleal que se derivaban de una práctica colusoria o que se cometían por una empresa en posición de dominante, en ámbito de aplicación del artículo 7 LDC, como ya hemos dicho, son determinadas conductas desleales que no proceden ni de prácticas colusorias ni abusivas. En consecuencia, mientras que el artículo 3.d) LPRC era una norma declarativa –en la

medida en que su función se reducía a explicitar conductas que en todo caso entraban dentro del ámbito de aplicación de las cláusulas generales de los artículos 1 y 2 LPRC –el artículo 7 LDC es una norma constitutiva –dota de relevancia antitrust a conductas que si no no la tendrían<sup>31</sup>.

Retornando a la interpretación del artículo 17 de la Ley antimonopolio venezolana y a los requisitos que se requieren para que la Superintendencia sancione o no estos actos desleales se desprende, en el análisis de su doctrina emanada recientemente, un cambio importante que redundará en beneficio de una mayor claridad en la interpretación de esta norma. Así, se ha aclarado que para poder conocer un conflicto a la luz del artículo 17 de la Ley Procompetencia, es necesario que las conductas y las políticas comerciales llevadas a cabo por el actor económico deben caracterizarse por la confluencia de tres condiciones o elementos claramente definidos:

- a) Que el presunto infractor sea susceptible de desarrollar actividades económicas en los términos del artículo 4 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. Es decir, que la persona que realice el supuesto acto desleal lleve a cabo actuaciones en el mercado con fines competitivos, lo cual significa que estos comportamientos pueden desplegarse también entre agentes no competidores entre sí y causar igualmente daños a la competencia efectiva<sup>32</sup>; en efecto:

---

31 TRONCOSO Y REIGADA, M. (“El marco normativo de los ilícitos desleales de relevancia antitrust...”, cit., pp. 1039-1040)

32 Vid en este sentido, Sánchez Calero, F. (Instituciones de Derecho Mercantil. Introducción, empresa y sociedades..., cit., pp. 143) que al analizar la Ley 3/1991 de Competencia Desleal española, expresa que de la interpretación de los artículos 2 a 5 se puede deducir que la Ley para sancionar los comportamientos desleales: (...). 3. - No se exige la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y pasivo del acto de competencia desleal (art. 3.2). La Ley parece querer decir, si bien en forma no clara, que dentro del concepto de acto de competencia desleal han de comprenderse, no sólo los actos realizados por un empresario que fabrica los mismos productos que otro, sino también cuando los empresarios acceden al mercado ofreciendo productos y servicios que se relacionan entre sí, como sucede con las conductas desleales de una empresa en relación con otra empresa situada en un estadio distinto del proceso económico.

...la norma establece un ámbito más amplio que aquel que se incorporaría solamente a conductas entre agentes competidores, y reconoce que estos mismos efectos pueden ocurrir a partir de prácticas desarrolladas por no competidores. Si bien el efecto final de una práctica de competencia desleal será un daño sobre la competencia en el sector que está siendo objeto de dicha práctica, no necesariamente aquel que sea causante de la misma debe ser competidor directo, toda vez que pueden mediar intereses de otra índole distinta al negocio principal del afectado<sup>33</sup>.

- b) Que la actividad sea esencialmente desleal, o lo que es lo mismo, que las actuaciones o comportamientos constituyan un abuso del derecho a la libertad de empresa, al ser contrarios a los principios y buenas costumbres que rigen el comportamiento de los competidores en el mercado.

Es necesario que la conducta del agente económico sea considerada contraria a los principios éticos que rige el ordenamiento jurídico económico. Uno de esos principios es la estabilidad en el tráfico mercantil, el cual depende en esencia, de la preservación de las expectativas legítimas de quienes interactúan en el mercado. Los agentes económicos entran en el comercio en la espera de que sus expectativas legítimas no se vean defraudadas por manifestaciones o conductas contrarias a la buena fe emprendidas por otros agentes económicos. Por ello, la lealtad de una conducta, que a la postre es la medida de legitimidad de la competencia en el mercado, depende de que no lesione, por fraude, dolo o violencia, las expectativas legítimas de los actores para ingresar al tráfico mercantil, pues tales perversiones distorsionan el comportamiento ordinario y esperable de los agentes económicos, llevándolos a alterar su conducta de un modo incierto e imperdible por los demás.<sup>34</sup>

- c) Que la actividad denunciada cause o sea susceptible de causar daños en el mercado. Con lo cual el acto catalogado como desleal debe afectar o bien tener la capacidad potencial de disminuir, falsear o limitar de forma relevante la competencia económica en el mercado.

---

33 Resolución de la Superintendencia Procompetencia nº SPPLC/006-98 de 27 de enero de 1998, p. 13

34 Resolución de la Superintendencia Procompetencia nº SPPLC/036-98 de 23 de noviembre de 1998, p. 27.

De forma tal que no se requiere que se hayan producido los efectos dañinos del acto desleal sobre el mercado sino que es suficiente con que tal conducta pueda, en caso de que llegue a materializarse, falsear, restringir o eliminar de forma importante la competencia efectiva. En este sentido la Superintendencia ha recordado, en un caso de publicidad engañosa, que su labor no es sólo sancionadora sino que también:

...puede incluso actuar como un ente preventivo, cuando sospeche la existencia de actos que puedan impedir, restringir, falsear o limitar la libre competencia; es decir, no hay que esperar que la publicidad o comparación haya denigrado al competidor y confundido a los consumidores, sino que basta que sus efectos sean potenciales, dejando a salvo las posibles infracciones que dicha conducta pueda generar en otras leyes<sup>35</sup>.

El hecho de que el comportamiento desleal conduzca o pueda conducir a un falseamiento importante o relevante de la competencia en el mercado es esencial, pues ello significa que quedan excluidas del control antitrust aquellos comportamientos desleales que no inciden significativamente en la reducción de la competencia en el mercado, pues en estas situaciones no habría una verdadera afectación del interés público. En cuanto a este tema se ha expresado en la doctrina española que:

...no basta con cualquier falseamiento; es necesario que éste sea “sensible”, es decir, relevante. El TDC no se va a ocupar de los “pequeños falseamientos. Tras la promulgación de la LCD ha quedado claro que la institución de la competencia ha pasado a ser objeto directo de protección también en este sector del ordenamiento (art. 1 LDC) Una conducta es declarada desleal cuando es ineficiente, contraria a este objetivo y, por tanto, contraria al propio proceso competitivo. En este sentido, podría decirse que cualquier actuación desleal es contraria al interés público, y en cierta manera lo es. Mas no por ello –esto es importante destacarlo– el ordenamiento ha considerado necesaria la intervención de las autoridades antitrust cada vez que se

---

35 Resolución de la Superintendencia Procompetencia nº SPPLC/036-98 del 23 de noviembre de 1998, p. 18.

comete un acto de competencia desleal. Al contrario, ha decidido –por razones plenamente justificables en términos de *trade off*– reservar ésta para aquellos supuestos en los que el falseamiento sea significativo. De ahí que, en nuestra opinión, el “interés público” relevante a efectos, de la aplicación al menos del artículo 7 LDC –pero probablemente también de todo el Derecho antitrust– se dé sólo en estos casos de falseamiento importante del proceso concurrencial. En consecuencia, habría que descartar la aplicación de este precepto en aquellos supuestos en los que el mercado relevante en el que se efectúa la práctica desleal sea pequeño<sup>36</sup>.

Finalmente, la Superintendencia ha precisado dos cuestiones fundamentales; una tiene que ver con el fin que la Ley Procompetencia persigue al reprimir las prácticas desleales; y, otra, que se relaciona con la innecesidad de que éstas deriven de comportamientos colusorios o abusivos. Con relación a la primera cuestión, el mencionado órgano ha subrayado en diversas oportunidades que con la prohibición y la sanción de los actos desleales el legislador ha querido proteger el orden público económico que no es más que velar por el buen funcionamiento del mercado, fundamento este esencial que justifica precisamente introducir estos comportamientos desleales en la legislación antimonopolio como un nuevo y distinto ilícito antitrust<sup>37</sup>.

En cuanto a la segunda precisión, los elementos anteriormente descritos permiten afirmar que no es necesario que los actos desleales provengan de un acuerdo o de una posición de dominio como se había sostenido con anterioridad; en efecto, pueden haber actos desleales que afecten el orden público económico independientemente de que provengan de las situaciones anteriormente mencionadas, pues, como ya se ha puesto de relieve, pueden reproducirse actos desleales que provengan de empresarios que no están compitiendo entre sí y, sin embargo, afectar la competencia. Por demás, estos comportamientos –el

---

36 TRONCOSO Y REIGADA, M. (“El marco normativo de los Ilícitos desleales de relevancia antitrust”..., cit., pp 1044-1045).

37 Vid las Resoluciones de la Superintendencia Procompetencia n° SPPLC/006-98 de 27 de enero de 1998; No. SPPLC/019-98 de 18 de mayo de 1998; n° SPPLC/036-98 de 23 de noviembre de 1998; No. SPPLC/047-98 y SPPLC/046-98 de 23 de diciembre de 1998.

abuso de una posición de dominio y los acuerdos colusorios— ya se encuentran sancionados en otras disposiciones de la Ley. Con lo cual cabe destacar que:

...no es preciso que la empresa detente una posición de dominio, sino que basta que su conducta, objetivamente pueda tender a la eliminación de agentes dentro de un mercado. Por esto el legislador reguló en supuestos diferentes el abuso de posición de dominio y a la competencia desleal<sup>38</sup>.

#### **IV.2. Actos de competencia desleal sancionados en la Ley Procompetencia**

Una vez aclarado lo concerniente a la competencia de la Superintendencia para conocer de los actos desleales, y por tanto, precisado los elementos que éstos deben tener para la aplicación del artículo 17, se intentará en las próximas líneas exponer, de conformidad con la doctrina administrativa emanada por la Superintendencia y de la doctrina nacional y extranjera, el contenido de los supuestos específicos de actos desleales enunciados en la Ley Procompetencia.

El artículo 17 de la Ley bajo estudio enumera como actos de competencia desleal, la publicidad engañosa o falsa; la promoción de productos con base a declaraciones falsas; y, por último, el soborno comercial, la violación de secretos comerciales y la simulación de productos o actos de confusión. Estos supuestos están clasificados en el derecho mercantil como: a) actos de confusión; b) actos de denigración; c) actos de desorganización.

##### *a) Actos de confusión*

El primer ordinal del artículo 17 enuncia como primer comportamiento desleal prohibido a los actos de confusión, los cuales están definidos como “aquellos actos dirigidos a aprovechar la equivocación del consumidor, mediante la imitación de los nombres y de los productos del competidor más acreditado”<sup>39</sup>; o también, lo constituyen aquellos

---

38 *Ibidem*, pp. 13-14

39 MORLES, A. (*Curso de Derecho Mercantil*, Tomo I, Capítulo XI, p. 281.)

“actos de competencia cuyas modalidades son idóneas para confundir los productos y la actividad comercial de los competidores, violando así el interés a la diferenciación entre los empresarios que concurren en el mercado”.<sup>40</sup> Dentro de estos actos, el artículo transcrito prevé en el ordinal primero la publicidad engañosa y la publicidad falsa y, en el ordinal tercero, la simulación de productos.

Se entiende por publicidad o actividad publicitaria aquella forma de comunicación o transmisión masiva que pretende dar a conocer la existencia de bienes y servicios con fines comerciales. El legislador venezolano ha definido la publicidad en la Nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en cuyo artículo 47 se expresa:

Artículo 47: A los efectos de esta Ley, se entiende por publicidad la difusión masiva o restringida de mensajes destinados a dar a conocer las características, ventajas, cualidades o beneficios de cualquier tipo de bienes o servicios, con el fin de estimular su compra, uso o consumo, bien sean éstos fabricados o prestados por personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras, de carácter público o privado.

---

40 GONZÁLEZ, T. (La competencia desleal. Forum Editores, Caracas, 1992, pp. ?). La noción de actos de confusión comprende la confusión entendida en sentido estricto y la confusión entendida en sentido amplio. Al respecto MASSAGUER Y MONTEAGUDO (“La confusión en el Derecho contra la competencia desleal...”, cit., p. 11616) señalan que: “La noción de confusión comprende, primeramente, la llamada confusión en sentido estricto, sea confusión inmediata o confusión mediata. En el primer caso, la confusión consiste en presentar y hacer pasar a un sujeto o su actividad, prestaciones o establecimiento por otro sujeto o por la actividad, prestaciones o establecimiento de otro. En el segundo caso, la confusión consiste en inducir a considerar que tras el desarrollo de una determinada actividad, tras la producción y ofrecimiento de ciertas prestaciones o tras la actuación de un concreto establecimiento se halla una misma fuente empresarial/profesional...”; y la confusión entendida en sentido amplio aparece cuando (...) el empleo de medios de identificación ajenos no induce al consumidor a tomar una actividad, prestaciones o establecimientos por otros, ni a entender que la actividad, prestaciones o establecimientos considerados tiene una procedencia empresarial/profesional distinta a la real, sino que induce a creer que entre la persona que usa el signo en cuestión y otra existen unos vínculos económicos (pertenencia al mismo grupo de empresas) o jurídicos (licencias colaterales) que autorizan su empleo, de tal forma patrocinado por su titular.”

La publicidad es, por tanto, un instrumento, informativo y persuasivo pues pretende, mediante la información que la misma emana, influir en la conducta de los consumidores y persuadirlos a fin de que en sus decisiones económicas adquieran el bien o servicio objeto de la publicidad. En consecuencia, la publicidad es un medio a través del cual se promueve la competencia ya que logra la atención de los consumidores y, por tanto, provoca el aumento de las ventas de aquél que la realiza.

De ahí que sea necesario, a los fines de estimular la competencia económica en el mercado, promover y propiciar la publicidad, siempre que la misma tenga un contenido veraz, comprobable y se ajuste a los principios éticos ordinarios del comercio<sup>41</sup>. Si en la ejecución de la publicidad se verifica su falsedad, o bien su intención de engañar al consumidor contrariando los principios éticos y las costumbres comerciales, estaríamos entonces en presencia de un supuesto ilícito de los perseguidos por la Ley Procompetencia en su artículo 17. De conformidad con lo anterior, la Superintendencia ha definido la publicidad y establecido los límites de su ejercicio al expresar que:

Lo esencial de la publicidad es la promoción de bienes y servicios o ideas con el fin de persuadir a los destinatarios del mensaje para que se inclinen en el sentido particular que busca el promotor o patrocinador de dichos mensajes. El ejercicio de la publicidad va asociado a comunicar un mensaje al público de manera responsable y respetando los derechos tanto de los agentes que operan en el mercado como de los consumidores. Ello supone que su contenido sea veraz, comprobable y en general que se ajuste a los usos y principios éticos ordinarios que regulan el comercio. De lo contrario estaríamos ante una actividad desleal, prohibida por el orden jurídico y la Ley Pro-Competencia<sup>42</sup>.

En efecto, el ordinal 1 del artículo 17 prohíbe y sanciona la publicidad falsa y la publicidad engañosa, que si bien se diferencian entre sí en cuanto a la forma en que las mismas se reproducen, tienen en

---

41 Resolución de la Superintendencia Procompetencia nº PPLC/0036-98 de 23 de noviembre de 1998, p. 28 y 29

42 Ídem



común la confusión del consumidor y la posibilidad de afectar las actividades de aquellas empresas que compiten lealmente<sup>43</sup>.

La publicidad falsa es aquella que ofrece un servicio, bien o idea a través de informaciones, indicaciones o declaraciones que no corresponden con la realidad y cuyo contenido puede versar sobre las características, beneficios, precios, cualidades, calidad, cantidad peligrosidad, etc., del bien o servicio objeto de la publicidad; este tipo de actividad comercial desleal induce a que los destinatarios –los consumidores– tengan creencias erróneas y, por tanto, tomen decisiones económicamente equivocadas como consecuencia de la falsa información recibida.

La publicidad engañosa, ha sido definida en la legislación española y comunitaria como aquella que de cualquier manera, incluida su presentación, induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar su comportamiento económico o ser capaz de perjudicar a un competidor. Bajo estos mismos términos, acogidos por la Superintendencia Procompetencia, se pronuncia la directiva de la Comunidad sobre Publicidad engañosa dictada en 1984, en cuyo artículo 3 número 2 expresa:

Toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error, o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por esta razón, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor.

Además, se incluye dentro de este comportamiento ilícito a aquella publicidad que omita o silencie datos esenciales del bien o servicio, cuando de tal omisión los consumidores o destinatarios sean inducidos a errar<sup>44</sup>.

---

43 Con relación a los efectos que sobre el mercado y los consumidores tiene la publicidad desleal se recomienda la lectura de CARPIO, M. (*La competencia desleal y sus efectos sobre la dinámica del Mercado...*, cit.)

44 Sobre la publicidad engañosa por omisión vid el análisis que PLAZA hace al estudiar jurisprudencia española que trata el tema y que establece los criterios a tomar en cuenta para verificar la ilicitud o no de una publicidad que omita determinadas informaciones. PLAZA, A. (“Primeras aproximaciones de la jurisprudencia española a la figura de la publicidad engañosa por omisión: el caso Barclays”..., cit.)

El último de los actos de confusión que sanciona la Ley Procompetencia es el de la simulación de productos que no es más que imitar o reproducir una cosa a semejanza de otra. Este supuesto de comportamiento desleal parte de la idea esencial que dentro del mercado han de diferenciarse los productos entre sí, es decir, que los consumidores deben poder distinguir las distintas ofertas que el mercado ofrece. Este elemento constitutivo del mercado, desaparece cuando se origina confusión entre los consumidores como consecuencia de que éstos asocien o conecten a una empresa que imita un producto con otra que ya tiene prestigio y reconocimiento.

Ello se traduce, en otros términos, en una indebida apropiación del esfuerzo ajeno por parte de aquél que imita o plagia un bien mediante la confusión, lo cual es sancionable por el ordenamiento jurídico en tanto en cuanto perturba el funcionamiento eficaz del mercado<sup>45</sup>. En efecto, si se permitieran estos comportamientos, es decir, si se pudieran imitar libremente las marcas o los signos distintivos, los productos no podrían ser identificables, con lo cual se perdería el interés y el estímulo necesario para ofrecer bienes y servicios con una calidad mayor, con mejores precios y más tecnología que los del competidor rival; lo que en última instancia significa ineficacia dentro del mercado y pérdida de la razón de ser del mismo.

Con relación a cuándo debe considerarse una imitación como desleal, el artículo 11 de la Ley sobre la Competencia Desleal Española ha previsto los siguientes supuestos:

1. Cuando la imitación provoque un riesgo de asociación respecto de la procedencia empresarial;
2. Cuando suponga un aprovechamiento de la reputación o esfuerzo ajenos;
3. Cuando la imitación sistemática se halle encaminada a impedir u obstaculizar la afirmación en el mercado de un competidor.

Ahora bien, a los fines de la aplicación de la Ley Procompetencia es necesario que la simulación o imitación de productos haya modificado

---

<sup>45</sup> Resolución de la Superintendencia Procompetencia No. SPPLC/019-98, pp. 9 y 10.

o tenga la potencialidad de modificar la estructura del mercado, de lo contrario no estaríamos en presencia de un ilícito antitrust sino más bien, o frente a la violación de un derecho del consumidor, de forma tal que la vía adecuada para solicitar las indemnizaciones pertinentes sería la de protección al consumidor; o, ante la violación de un derecho de Propiedad Industrial, cuya jurisdicción le corresponde a los órganos jurisdiccionales ordinarios.

En resumen la Superintendencia Procompetencia ha dispuesto, asumiendo en su doctrina los conceptos anteriores, que:

... simular un producto es ejecutar una cosa a ejemplo o semejanza de otra. El artículo 17 de la Ley Procompetencia, establece que la simulación debe realizarse entre productos competidores, que trae como consecuencia la confusión, cualesquiera que sean sus variantes. Para simular un producto que tienda a la confusión, basta que el consumidor tenga conocimiento de la existencia del original o tradicional, que con la realización previa de la publicidad puede lograrse ese objetivo. Igualmente, es necesario señalar que la simulación de un producto haya causado un daño.

b) *Actos de denigración* .

El ordinal 2 del artículo bajo estudio, se refiere a los actos de denigración los cuales constituyen aquellas actuaciones que buscan propagar información falsa con el objeto de desacreditar un producto o empresa y lograr desviar la atención e interés de su clientela. La Ley española de Competencia Desleal, en el artículo 9, dispone que los actos de denigración consisten en la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, que menoscaben su crédito en el mercado, salvo que sean exactas, verdaderas y pertinentes. En el caso de la legislación venezolana, el artículo 17 ordinal 2 se refiere específicamente a la promoción de productos sobre la base de declaraciones falsas y a la denigración del competidor o de sus productos.

Uno de los instrumentos a través del cual se puede concretar este supuesto de competencia desleal es mediante la publicidad comparativa realizada de forma desleal. En principio la publicidad comparativa es lícita en nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que proporciona al consumidor una información mucho más amplia, clara y directa sobre

los productos que se le presentan. Así, la Superintendencia ha subrayado que:

...la imagen que un consumidor asocia con las virtudes de un producto o con su producto integran un conocimiento tácito y complejo, que puede resultar complicado transmitirle a menos que se haga por vía comparativa en relación con otro producto competidor que ya es conocido. Sería por tanto ineficiente castigar, en principio, el ejercicio de una comparación que más bien pudiera abaratar los costos comunicacionales y, por tanto, las posibilidades de reducir el precio, o de mejorar la calidad de información que el consumidor o cliente reciben por medio de la introducción de un nuevo producto al mercado. En efecto, no es casualidad que en buena medida la comparación publicitaria sea una estrategia de mercado empleada por nuevas empresas entrantes en el mercado que aspiran hacer conocer su identidad, sus productos o innovaciones en el mercado<sup>46</sup>.

Sin embargo, cuando la publicidad comparativa contenga una información que no se corresponda con la realidad, es decir, cuando se expresan falsedades sobre las cualidades, calidades del producto objeto de la comparación para beneficiar al bien o servicio que se está introduciendo en el mercado y denigrar, en consecuencia, el producto competidor comparado, entonces estamos en presencia del comportamiento desleal de relevancia antitrust.

### c) *Actos de desorganización*

El tercer ordinal del artículo 17 de la Ley contiene, a diferencia de los anteriores, distintos comportamientos desleales que, sin embargo, por los efectos dañinos que producen pueden agruparse dentro de los denominados actos de desorganización; ejemplo de estos actos son la divulgación o violación de los secretos industriales o empresariales de la empresa; sustracción de sus empleados; acaparamiento de materias primas; obstaculización en la distribución de los productos de la empresa objeto del acto de competencia desleal. En relación con los actos de desorganización previstos en la Ley Procompetencia se establece específicamente el a) soborno comercial; y b) la violación de secretos industriales.

---

46 Resolución de la Superintendencia Procompetencia nº SPPLC/0036-98 de 23 de noviembre de 1998, p. 38.

El soborno comercial aparece cuando un operador económico induce a una persona que trabaja en una empresa competidora para que realice actividades o tome decisiones contrarias a los intereses de la empresa en la que labora, o bien no cumpla con sus deberes contractuales, a cambio de una contraprestación. Los efectos de estos comportamientos contrarios a la empresa deben ser graves a tal punto que puedan efectivamente afectar el comportamiento económico de la empresa y su situación dentro del mercado.

Antes de conocer en qué consiste la violación de secretos industriales debemos exponer qué entiende la Superintendencia Procompetencia por secreto industrial. Este es definido como:

...un proceso secreto, una fórmula, un programa o cualquiera otra información confidencial que tiene valor comercial por el hecho de mantenerse en secreto. En consecuencia, un secreto comercial comprende cualquier tipo de información sea técnica, comercial o de negocios, incluyendo fórmulas, procesos de manufacturas, especificaciones de productos, dibujos, planes de comercialización, listas de clientes, programas de computadoras, información de investigaciones y desarrollo, planes especiales de precio, información sobre costos, etc. que se mantengan en reserva (...)

Sin embargo, no toda información, conocimiento, técnica o idea constituyen un secreto empresarial. Para que se de ese carácter es preciso que el mantenimiento del secreto otorgue una ventaja concurrencial a su titular<sup>47</sup>.

La violación de un secreto industrial puede producirse a través de dos formas; una, cuando la divulgación de los secretos industriales es realizada por personas que han tenido un acceso legítimo a los mismos y tienen la obligación de no comunicarlos; y, otra, cuando la divulgación es llevada a cabo por personas que han accedido a los secretos industriales de forma ilegítima, por ejemplo, mediante el espionaje comercial.

Ahora bien, en la labor cotidiana de un trabajador que tiene un cargo de importancia y que, en consecuencia, tiene acceso a mucha información resulta bastante complicado determinar los límites entre lo

---

47 Resolución de la Superintendencia Procompetencia n° SPPLC/006-98 de 27 de enero de 1998, p. 14

que puede o no considerarse un secreto industrial. Por tanto, para tener algunos parámetros con relación a esto, la Superintendencia a hecho suyo los elementos que determinan esos límites previstos en el artículo 72 de la Decisión 344 de la Regulación Comunitaria Andina sobre Propiedad Industrial, cuyo contenido es del tenor siguiente:

Artículo 72: Quien lícitamente tenga control de un secreto industrial, estará protegido contra la revelación, adquisición o uso de tal secreto sin su consentimiento, de manera contraria a las prácticas leales de comercio, por parte de tercero, en la medida que:

- a) La información sea secreta en el sentido que como conjunto o en la configuración y composición precisas de sus elementos, no sea conocida en general ni fácilmente accesible a las personas integrantes de círculos que normalmente manejan el tipo de información de que se trate;
- b) La información tenga un valor comercial efectivo o potencial o ser secreta; y
- c) En las circunstancias dadas, la persona que legalmente la tenga bajo control, haya adoptado medidas razonables para mantenerlas secreta.

La información de un secreto industrial necesariamente deberá estar referida a la naturaleza características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción; o, a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.”

## V. RECAPITULACIÓN

Expuestas las consideraciones anteriores queda claro, por una parte, que el ordenamiento jurídico venezolano ofrece distintas formas que tutelan el ejercicio de las libertades económicas de empresarios, productores y consumidores mediante la sanción –a través de los instrumentos legales mencionados– de los denominados actos o comportamientos desleales; y, por otra, que tales instrumentos son perfectamente compatibles entre sí en la medida en que la finalidad que cada uno de ellos persigue es distinta y, por tanto, su configuración es del todo necesaria en tanto en cuanto responden a diversos intereses jurídicos dignos todos de protección.

Igualmente, se requiere subrayar que el hecho de que en la Ley Procompetencia se haya incorporado la prohibición de la competencia desleal es sumamente significativo en el sentido de que ello permite el análisis de los comportamientos desleales y su posible sanción desde la perspectiva de la tutela del orden público económico, lo cual es una clara manifestación de que finalmente se concibe en Venezuela la exigencia de garantizar y proteger al mercado y a la libertad de empresa en función de un interés público, que implica la necesidad de mantener el normal desenvolvimiento de los operadores económicos en el mercado y evitar las distorsiones que puedan aparecer o bien en virtud del desarrollo natural de las reglas del mercado; o bien, porque los agentes que intervienen en el mismo realizan prácticas y comportamientos que inducen a la aparición de tales distorsiones.

Dicho en otros términos, es una tarea de los poderes públicos vigilar, mediante la aplicación de la Ley antimonopolio, que no se reproduzcan comportamientos que desvirtúan el sentido de la competencia y que impidan, por tanto, los beneficios que se derivan de la lucha competitiva que favorecen a la colectividad entera. Con la incorporación de los actos de competencia desleal en la Ley Procompetencia la sanción de los comportamientos desleales va a ser aplicada bajo la perspectiva del interés colectivo y no sólo en función de que los mismos hayan conculcado derechos individuales como sucede en las otras normativas que tuvimos ocasión de mencionar.

Por último, queríamos comentar que las presentes ideas son únicamente una aproximación bastante elemental a esta materia tan interesante y compleja que por su amplitud resulta imposible abarcar exhaustivamente en un trabajo de estas dimensiones. Por lo tanto, constituye una invitación a todos aquellos apasionados del derecho para que se mantenga vivo y, más bien, aumente el dialogo intelectual en este ámbito del Derecho Administrativo de la Competencia que en nuestro país está todavía necesitado de mucho estudio e investigación y que, en definitiva, constituye uno de los medios indispensables que necesita nuestra sociedad para reforzar y llenar de contenido a las instituciones jurídicas que se han importado y “adaptado” a nuestro Estado de Derecho.

## **Relación entre las aseguradoras y los productores de seguros**

Carlos Eduardo Acedo Sucre y  
Rosemary Thomas Rivas\*

El artículo 89, número 2, de la Constitución venezolana de 1999 establece, entre otras cosas, lo indicado a continuación: “En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias”.

Esto no es nada nuevo, puesto que dicho principio ya se encontraba presente en el artículo 15 de la Ley Orgánica del Trabajo, que sigue vigente, expresado en los siguientes términos: “Estarán sujetas a las disposiciones de esta Ley todas las empresas (...), y en general, toda prestación de servicios personales donde haya patronos y trabajadores, sea cual fuere la forma que adopte”.

Por otra parte, el artículo 89, número 1, de la Constitución establece, entre otras cosas, lo indicado a continuación.

“Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos”.

---

\* Carlos Eduardo Acedo Sucre, abogado, egresado de la UCAB; y Rosemary Thomas Rivas, abogada de la UCAB. Socios de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía., Caracas, Venezuela. Correos electrónicos: [ceacedo@juriscompint.com](mailto:ceacedo@juriscompint.com) y [rt@juriscompint.com](mailto:rt@juriscompint.com).



Pero esto último tampoco es nuevo, puesto que este principio también se encontraba presente en los artículos 3 y 10 de la Ley Orgánica del Trabajo, expresado en los siguientes términos: “En ningún caso serán renunciables las normas y disposiciones que favorezcan a los trabajadores”.

“Las disposiciones de esta Ley son de orden público... y en ningún caso serán renunciables ni relajables por convenios particulares”.

De todas las disposiciones anteriores resulta que, cualquiera que sea la forma contractual que se utilice, si un juez considera que están dados los elementos que configuran una relación laboral, dicho juez tiene el deber de acordar, a las personas de que se trate, toda la protección y todos los beneficios que corresponden a los trabajadores. Pues bien, según el artículo 67 de la Ley Orgánica del Trabajo, los elementos que configuran una relación laboral son los siguientes: “...una persona se obliga a prestar servicios a otra bajo su dependencia y mediante una remuneración”.

De modo que la relación de subordinación y el pago correspondiente definen una relación como de trabajo. Es más, en su artículo 65, la misma ley dispone: “Se presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba”.

Esta presunción debe aplicarse así: si un sujeto demuestra que presta un servicio personal a otro sujeto y si este último no prueba que la vinculación entre ambos no es laboral, se debe considerar que existe una relación de trabajo.

Por lo tanto, la aplicación de la presunción prevista en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, antes citado, presupone que la persona que alega trabajar para otra demuestre que presta un servicio personal a esta última. Si esta carga de alegación y prueba no es satisfecha, dicha presunción legal no es aplicable.

Ahora bien, los productores de seguros son las personas naturales o jurídicas que realizan labores de intermediación en operaciones de seguros, facilitando la relación entre las empresas aseguradoras y los tomadores de seguros; pudiendo ser agentes (personas naturales que intermedian con una sola compañía), corredores (personas naturales que no tienen esta limitación) o sociedades de corretaje de seguros (personas jurídicas que intermedian con una o más compañías de seguros); siendo

requerido, en todos estos casos, una autorización del Ejecutivo Nacional, por órgano de la Superintendencia de Seguros. Efectivamente, de conformidad con el artículo 131 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, “Sólo podrán realizar labores de intermediación en operaciones de seguros los productores debidamente autorizados por el Ejecutivo Nacional”; y, por mandato del artículo 133 de la misma ley, únicamente se podrá autorizar para actuar como productores a los “agentes que actúen directa y exclusivamente para una empresa de seguros o una sociedad de corretaje de seguros”, los “corredores que actúen directamente con una o varias empresas de seguros y sin relación de exclusividad con ninguna de ellas”, y las “sociedades de corretaje de seguros”.

La circunstancia de que los productores –agentes y corredores– faciliten la relación entre las empresas aseguradoras y los tomadores de seguros, permite afirmar que los productores actúan como intermediarios *para las aseguradoras y los tomadores*. Esto explica que la ley mencionada, en sus artículos 133 y 151, refiriéndose a los productores, exprese que éstos intermedian “para” tales empresas. Ahora bien, ello no significa que los intermediarios presten un servicio a estas últimas. En efecto, la misma ley precisa, en su artículo 132, que los productores prestan un servicio –“asesoran”– a los tomadores de seguros (y no a las aseguradoras).

De modo que *los productores de seguros intermedian entre las empresas aseguradoras y los tomadores de seguros* (artículos 133 y 151, antes citados), *prestando un servicio personal de asesoría a estos últimos* (artículo 132, también citado).

Pues bien, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en dos sentencias recientes, que fueron dictadas en relación con los *agentes* (productores exclusivos) –y no los *corredores*–, declaró lo siguiente, refiriéndose, de manera general, a la relación entre las aseguradoras y los intermediarios (sentencias dictadas el 15 de marzo de 2000 en los casos de Francisco Dávila Álvarez contra C.A. Venezolana de Seguros y de María Antonia Velasco Avellaneda contra C.A. Seguros Caracas): “En criterio de esta Sala, las normas de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros no excluyen la existencia de la relación laboral...”

Esto último, a nuestro juicio, contradice una serie de disposiciones de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, entre ellas, su citado artículo 132, según el cual los “productores de seguros... asesoran a los

asegurados y contratantes”. Por lo tanto, el legislador estableció con toda claridad que los intermediarios de seguros, sean agentes o corredores, prestan un servicio –la referida asesoría– a los tomadores de seguros (y no a las compañías aseguradoras). Por esta razón, el artículo 138, literal b, de la misma ley, establece que “No podrán actuar como productores de seguros... Los empleados de instituciones... de seguros”; ya que, de lo contrario, habría un conflicto de intereses.

En efecto, de acuerdo con lo que acabamos de expresar, los elementos que configuran una relación laboral, según el artículo 67 de la Ley Orgánica del Trabajo, son la prestación de servicios remunerados bajo una relación de dependencia o subordinación; y, tal como igualmente señalamos, los productores o intermediarios a quien prestan el servicio es a los tomadores de seguros, de conformidad con el artículo 132 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros; en razón de lo cual existe una incompatibilidad entre el carácter de agente o corredor y el de empleado de una aseguradora, contemplada en el artículo 138, literal b, de la misma ley.

Cabe recordar que la póliza es un contrato de difícil comprensión, lo que a su vez tiene su razón de ser en la complejidad del negocio de seguros. Por ello, los tomadores de seguros tienen grandes facilidades para informarse sobre el alcance de las pólizas que contratan, por complicadas que sean. En efecto, la complejidad de este negocio está vinculada con la posibilidad, para dichos tomadores, de obtener la asesoría de los productores, cuya comisión es pagada por las aseguradoras, estando regulada por la Superintendencia de Seguros (artículos 69, 70 y 131 a 167 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros). Esta circunstancia llevó al legislador precisar que los intermediarios tienen la obligación de asesorar a los tomadores, es decir, son auxiliares de la contraparte de las aseguradoras, y no empleados de éstas (artículos 132 y 138, literal b, de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros).

De una lectura rápida de esta ley (artículos 96 y ss., y 131 y ss.), resulta evidente que la relación entre el productor de seguros y la aseguradora es mercantil, y no laboral, tal como se desprende de la circunstancia de que el intermediario es propietario de su cartera, la cual puede negociar libremente; puede ser objeto de un atraso o quiebra; y, en general, está sujeto supletoriamente al Código de Comercio; a lo que

se añade que los corredores deben llevar libros de contabilidad siguiendo ciertos parámetros y suministrar información contable a la Superintendencia de Seguros.

La anterior interpretación jurisprudencial y la correspondiente crítica tampoco son nada nuevo. De hecho, en ambas sentencias se cita la doctrina de la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, a la que se refiere el siguiente texto (que tomamos de la publicación del difunto Manuel Acedo Mendoza y Carlos Eduardo Acedo Sucre, denominada Temas sobre Derecho de Seguros, Caracas, 1999, páginas 173, 174 y 175):

...hay algunas decisiones de nuestros tribunales, entre ellas de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Civil, 10 de diciembre de 1985, caso Marcos Hernández contra Seguros La Metropolitana, Gaceta Forense, oct.-dic. 1985, tomo 130, volumen IV, pp. 2498 y ss.), conforme a las cuales los intermediarios de seguros pueden tener la condición de empleados de las empresas aseguradoras, regidos por la legislación del trabajo.

En efecto, según la sentencia antes citada, aunque haya una incompatibilidad entre ambas funciones, en razón de la cual las empresas de seguros y los productores no deberían estar unidos por un vínculo laboral, sucede que pueden estarlo, lo que supuestamente ocurre siempre que, de hecho, exista una subordinación entre ambos, la prestación de un servicio y el pago de una remuneración, en cuyo caso existirá también una relación de trabajo. Ahora bien, de acuerdo con lo explicado, *el intermediario de seguros a quien presta un servicio es al tomador del seguro, y no a la empresa de seguros, a cuyas órdenes no está sometido; no existiendo, pues, un vínculo de subordinación para con la empresa de seguros, ni la prestación de un servicio a esta última, aunque ella le pague la correspondiente comisión.* El que una persona pague a otra una remuneración —en este caso la comisión pagada al intermediario—, no es suficiente para considerar que existe una relación laboral entre ambas; en todo caso, no se trata, estrictamente hablando, de un salario, libremente convenido, sino de una comisión sujeta a una tasa. Por otra parte, habiendo considerado que puede coexistir la cualidad de trabajador y la de productor de seguros, la sentencia aludida debió declarar contrario a los artículos 149 y 138, letra b, de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, la acumulación de pagos a los demandantes por ambos conceptos, pudiéndose, pues, compensar lo recibido por comisiones contra lo cobrado por prestaciones y otros beneficios laborales.

La citada sentencia de casación señala, erróneamente, que 'no ha sido la voluntad del legislador..., la de separar del ámbito del derecho del trabajo la actividad de la intermediación de los seguros'. Pues bien, no hay nada más falso, pues resulta que, por el contrario, la voluntad del legislador ha sido muy clara, en el sentido de querer separar totalmente la actividad de intermediación de los seguros del ámbito del derecho del trabajo, al punto de que la disposición legal antes transcrita establece que son mutuamente excluyentes la condición de empleado de una empresa de seguros y la condición de productor, por considerarse que hay un conflicto de intereses.

Dicha sentencia minimiza la aludida incompatibilidad, con el argumento de que 'debe entenderse en el sentido de que si los empleados de las compañías de seguros... (cajeros, contador, secretario del gerente y demás empleados de las diversas actividades administrativas...) no pueden actuar simultáneamente como agentes vendedores de seguros para la misma empresa; a su vez, tampoco éstos constituidos ya como tales agentes, podrán entrar a desempeñar también simultáneamente alguno de los cargos mencionados'. Según la misma decisión, no debe entenderse 'que dichos agentes no podrían tener el carácter de... trabajadores de las empresas de seguros, si de acuerdo con sus contratos y la manera que éstos se ejecutan apareciere que en esa prestación de servicio concurren también los presupuestos de salario y subordinación que caracterizan al contrato de trabajo'. La anterior afirmación se basa en una distinción, que el legislador no hace, entre los empleados administrativos de una aseguradora ('cajeros, contador, secretario del gerente y demás empleados de las diversas actividades administrativas') y los empleados que trabajan en el área de ventas. Sobre la base de tal distinción, sin base legal, se pretende que la incompatibilidad entre la función de intermediario de seguros y la función de trabajador de una empresa aseguradora, se aplicaría sólo a la primera categoría de trabajadores (los empleados del área administrativa), lo que no es verdad. Es importante recalcar que tal incompatibilidad se debe al conflicto de intereses que representaría, para el intermediario, prestar un servicio al tomador de seguros, lo cual es esencial a su actividad de agente o corredor de acuerdo con la ley especial, y, al mismo tiempo, estar bajo una relación de subordinación con la contraparte de dicho tomador en el correspondiente contrato, quien no es otra que la aseguradora, de la que no puede, por ende, ser empleado. El conflicto de intereses y la consecuente incompatibilidad existe por igual en relación con los empleados del área administrativa y los empleados del área de ventas de una compañía de seguros, ninguno de los cuales puede ser intermediario, y viceversa" (las cursivas fueron tomadas del libro citado).

Pues bien, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en las dos sentencias del 15 de marzo de 2000, antes citadas, confirmó la jurisprudencia de la Sala Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia que acabamos de criticar, la cual se refiere igualmente a los agentes (y no a los corredores). Sin embargo, la Sala de Casación Social no repitió la peculiar e ilegal distinción entre, por una parte, los “cajeros, contador, secretario del gerente y demás empleados de las diversas actividades administrativas” de las aseguradoras, y, por otra parte, los empleados de éstas que trabajan en el área de ventas. Ahora bien, haber corregido este error no implica que no se hayan cometido otros, muy graves, obvios y novedosos.

En efecto, de acuerdo con lo que expresamos anteriormente, del artículo 67 de la Ley Orgánica del Trabajo se desprende que la relación de subordinación y el pago correspondiente definen una relación como de trabajo; respecto de la cual el artículo 65 de la misma ley establece una presunción de relación laboral entre el individuo que presta un servicio personal y la persona natural o jurídica que lo recibe; siendo inconcebible que un agente o corredor demuestre que ha prestado un servicio personal a una aseguradora, cuando la propia ley establece que tal servicio es prestado, más bien, al tomador del seguro, lo que puede corroborarse con una simple lectura del artículo 132 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, antes citado; con el agravante de que el artículo 138, literal b, de la misma ley, también citado, establece una incompatibilidad entre la condición de productor de seguros y la de empleado de una empresa aseguradora.

En consecuencia, *alegar como defensa que, conforme a la ley, los productores proporcionan un servicio personal a los tomadores de seguros únicamente* (artículo 132 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros), *debería ser suficiente para descartar la aplicación de la presunción de relación de trabajo entre quien preste y quien reciba un servicio personal* (artículo 65 de la Ley Orgánica del Trabajo).

Sin embargo, en las dos sentencias sobre la intermediación en seguros dictadas el 15 de marzo de 2000 por nuestro máximo tribunal, antes citadas, se expresa lo siguiente:

“...las normas de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros no excluyen la existencia de la relación laboral, y en cuanto a la demostración

de esta relación, (...) basta que el actor demuestre la prestación personal de servicios”.

De modo que, desde este punto de vista, debería estar claro que corresponde a los productores demostrar que prestan un servicio personal a las aseguradoras. Sin ello, no puede condenarse a estas últimas a hacer ninguno de los pagos previstos en la Ley Orgánica del Trabajo. Entonces, si el Tribunal Supremo de Justicia fuera a ser consecuente consigo mismo, tendría que exigir a los juzgados de instancia que corroboraran, en cada caso, que el agente o corredor demandante alegó y probó que prestaba tales servicios a la aseguradora demandada, sin tolerar que dichos juzgados consideren que intermediar seguros califica como tal servicio. Hacia esta dirección estaba orientada la jurisprudencia previa de la Corte Suprema de Justicia, antes citada (sentencia del 10 de diciembre de 1985), que expresa lo siguiente:

...este fallo (...) sentó doctrina según la cual, a los efectos del establecimiento del contrato de trabajo en los casos de personas naturales que realicen labores de intermediación en materia de seguros, para una determinada empresa de seguros en forma exclusiva, resultaba necesario la existencia de la personal prestación del servicio, siempre que concurren los elementos del salario y la subordinación (...)

En el caso de especie, (...) en (...) que el actor ha sido productor de seguros en exclusividad para la demandada, (...) es aplicable la doctrina sentada en cuanto a la posibilidad legal del establecimiento del contrato de trabajo, *siempre y cuando, claro está, resultaren probados los elementos de la subordinación y del salario*” (las cursivas son nuestras).

Esta carga de alegación y prueba, corresponde, pues, al productor. Ahora bien, dicha carga resulta difícil, si no imposible, de satisfacer; puesto que el intermediario se vería en la peculiar situación de tener que afirmar y demostrar que, por un lado, en vez de prestar su servicio a los tomadores de seguros, lo prestó a las aseguradoras, en contravención del citado artículo 132; y, por otro lado, que, a pesar de su carácter de agente o corredor, se desempeñó como empleado de una aseguradora, en contravención de la citada letra b del artículo 138.

Sin embargo, en ninguna de las dos sentencias recientes de la Sala de Casación Social, antes citadas, nuestro máximo tribunal objetó, como debía, que los juzgados de instancia consideraran que, por el hecho

mismo de la intermediación, existía una prestación de servicios personales del productor para la aseguradora. Por el contrario, la Sala de Casación Social declaró que dicha presunción legal es aplicable a la relación entre agentes y aseguradoras. En efecto, en las dos decisiones del 15 de marzo de 2000, se expresa lo siguiente:

...basta que el actor demuestre la prestación personal de servicios para que se presuma la existencia de dicha relación, con todas sus características, tales como la subordinación y la existencia de un salario, cuyo quantum puede ser establecido por una experticia complementaria del fallo, siendo carga del demandado alegar y demostrar la inexistencia de dicha relación, por no cumplirse alguna de las condiciones de existencia, tales como la subordinación o la existencia de un salario.

De modo que el Tribunal Supremo de Justicia (sentencias del 15 de marzo de 2000), lejos de aplicar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 10 de diciembre de 1985), la modificó, cuando relevó, a los agentes demandantes, de su carga de alegar y probar los elementos de subordinación y salario.

Es más, en una de estas decisiones de la Sala de Casación Social (la dictada en el caso María Antonia Velasco Avellaneda contra C.A. Seguros Caracas), nuestro Tribunal Supremo de Justicia declaró lo siguiente:

El formalizante niega la existencia de una subordinación y deriva la demostración de su negativa de las normas de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. Constituye un error confundir el ser con el deber ser, las relaciones entre un concreto productor de manera exclusiva, con las disposiciones de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. Es decir, aun cuando la ley ordene o prohíba una determinada actividad, de ello no puede derivarse su existencia o inexistencia. Por ejemplo, sería falaz el argumento de que un vehículo no circulaba a 120 Km. Por hora, porque la ley lo prohíbe, o determinar que se presentó la declaración de impuesto, porque la ley lo ordena.

Lo anterior tendría sentido, quizás, si el productor pudiera invocar y demostrar que, en vez de prestar su servicio a los tomadores de seguros, lo prestó a las aseguradoras, y que, a pesar de su carácter de agente o corredor, se desempeñó como empleado de una aseguradora, todo lo cual es inverosímil, por no hablar de la infracción de la normativa aplicable.



Además, de la lectura de dicha sentencia no resulta, en absoluto, que el intermediario haya satisfecho semejante carga de alegación y prueba (por el contrario, tal como se desprende del texto del fallo recurrido, citado parcialmente en esta decisión de casación, el juzgado de instancia afirmó que la demandada alegó que su relación con la accionante “era de naturaleza mercantil”, no obstante lo cual declaró que “el actor no necesita probar los hechos de su pretensión, porque ellos en verdad quedaron implícitamente reconocidos”).

En el fondo, lo que ocurre es que, contrariamente a lo sostenido en las tres sentencias citadas (el fallo del 10 de diciembre de 1985 y las dos decisiones del 15 de marzo de 2000), los agentes y corredores de seguros no son empleados de las empresas aseguradoras en las que colocan pólizas, lo cual fue explicado en la obra antes citada (Acedo Mendoza, M. y Acedo Sucre, C.E.: op. cit., páginas 168 y ss.), en los siguientes términos:

Tal como ha quedado dicho, de conformidad con los artículos 131 y 133 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, las ‘labores de intermediación en operaciones de seguros’, están reservadas a ‘los productores debidamente autorizados por el Ejecutivo Nacional’, quienes pueden ser agentes o corredores (corredores personas naturales y sociedades de corretaje de seguros). Pues bien, el artículo 132 de la misma ley aclara que ‘A los fines de esta Ley se entiende por productores de seguros las personas que dispensan su mediación para la celebración de los contratos de seguros y asesoran a los asegurados y contratantes’. Es importante enfatizar que los productores de seguros, de acuerdo con la ley, no asesoran a los aseguradores, sino a los asegurados y contratantes. Por otra parte, el artículo 134 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros añade que existe ‘libertad para revocar en cualquier tiempo la designación que el asegurado o contratante haya hecho de un productor de seguros para que efectúe gestiones de intermediación para él’. De allí se desprende claramente que quien designa al productor no es el asegurador, sino el asegurado o contratante, quien también puede revocarlo. Finalmente, de acuerdo con los artículos 154 y siguientes de dicha ley, los productores de seguros son los propietarios de las carteras de seguros que ellos colocan en empresas de seguros; carteras que pueden ser vendidas por tales productores, con autorización de la Superintendencia de Seguros. La consecuencia de esto es que los productores son empresarios independientes.

El artículo 67 de la Ley Orgánica del Trabajo define la relación de trabajo como una en la cual una persona está obligada a 'prestar servicios a otra bajo su dependencia'. De modo que el empleado sirve a un patrono, con quien tiene una relación de subordinación. Ahora bien, a la luz de los textos anteriormente citados de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, no se puede decir que los productores prestan servicio a las aseguradoras, ni que están subordinados a ellas; sino que son propietarios de sus carteras y prestan servicio a sus asegurados o contratantes, en una relación en la cual las aseguradoras son las contrapartes de dichos asegurados o contratantes. De conformidad con los artículos 112 y siguientes de la misma ley, el patrono puede prescindir de los servicios de sus trabajadores, con algunas limitaciones y restricciones. Ahora bien, a la luz de los textos anteriormente citados de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, los asegurados o contratantes son quienes pueden revocar la designación que hicieron de sus productores.

Según el artículo 1684 del Código Civil, 'El mandato es un contrato por el cual una persona se obliga gratuitamente, o mediante salario, a ejecutar uno o más negocios por cuenta de otra, que la ha encargado de ello'. Los artículos 1704 y 1706 del Código Civil precisan que 'El mandato se extingue: 1o. Por revocación' y que 'El mandante puede revocar el mandato siempre que quiera'. Dentro de este contexto, no se puede afirmar, por lo antes dicho, que los productores sean mandatarios de las aseguradoras, sino que, en todo caso, serían mandatarios de los asegurados o contratantes.

De modo que, tal como se desprende de las disposiciones antes citadas de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, 'el asegurado o contratante' es quien hace 'la designación' del 'productor de seguros para que efectúe gestiones de intermediación para él' (artículo 134), en el entendido de que las funciones de los productores incluyen que éstos 'asesoran a los asegurados y contratantes' (artículo 132); teniendo dichos asegurados y contratantes 'libertad para revocar en cualquier tiempo la designación que haya(n) hecho de un productor' (artículo 134) y siendo dichos productores los propietarios de sus respectivas carteras (artículos 154 y ss.). En cambio, conforme a los artículos antes aludidos de la Ley Orgánica del Trabajo, el trabajador presta servicios al patrono bajo su dependencia (artículo 67), quien puede prescindir de tales servicios (artículos 112 y ss.). Por otra parte, tal como se desprende de las disposiciones antes citadas del Código Civil, el mandatario 'ha encargado' al mandante 'ejecutar uno o más negocios por cuenta' de dicho mandatario (artículo 1684), y, lógicamente, en interés de éste; y el 'mandante puede revocar el mandato' (artículo 1706).

El productor es entonces un empresario independiente, designado y revocable por el tomador de la póliza, a quien asesora. Esto no impide, desde luego, a la aseguradora, el ejercicio de su derecho de contratar con quien quiera, lo que le permite negarse a suscribir pólizas con un determinado asegurado o a través de un determinado intermediario. De modo que la aseguradora puede ejercer su derecho de contratar pólizas con quien le parezca, y, así, rechazar los riesgos que le proponga un determinado productor.

Todo lo antes dicho podría convertir al productor en un mandatario del tomador del seguro, pero jamás en un empleado de dicho tomador, y muchísimo menos en un empleado o mandatario de una empresa aseguradora. Entonces, tal como se ha explicado, la condición de productor es incompatible o excluyente de la condición de empleado o de mandatario de una compañía aseguradora; pero la condición de productor puede coexistir con la condición de mandatario del tomador del seguro...

No se puede olvidar que, tanto el trabajador como el mandatario, por definición, deben prestar un servicio al patrono o al mandante, y actuar en interés del patrono o del mandante, según el caso; y mal puede un trabajador o mandatario de una aseguradora asesorar al tomador de la póliza, que es la contraparte de dicha aseguradora en el contrato correspondiente; a lo que se añade que la persona autorizada por la mencionada ley para designar al productor y prescindir de él es el tomador del seguro, y no la aseguradora, como supuesta empleadora o como supuesta mandante, y que el productor puede disponer de su cartera, la cual, obviamente, le pertenece.

De modo que la tesis de que el agente o el corredor es empleado o mandatario de la aseguradora, está en total contradicción con la idea, expresada antes y vertida en la ley especial sobre la materia, de que el productor de seguros –lo que incluye tanto a agentes como a corredores– es dueño de su cartera y tiene como función primordial asesorar al tomador, quien lo designa y puede prescindir de sus servicios. La circunstancia de que el agente, a diferencia del corredor, sólo puede intermediar con una compañía de seguros, no lo hace empleado ni mandatario de ésta. En efecto, por una parte, cualquier relación puede tener carácter de exclusividad, carácter éste que no se desprende necesariamente del contrato de trabajo, ni del contrato de mandato; por otra parte, una relación de trabajo o de mandato puede no tener carácter de exclusividad (por ejemplo, un trabajador puede servir a un patrono por las mañanas y a otro por las tardes); y, finalmente, existen contratos con exclusividad distintos del de trabajo o de mandato (por ejemplo, los contratos de distribución exclusiva).

En consecuencia, ni el agente ni el corredor, como productores de seguros que son (artículo 133), son empleados ni mandatarios de las aseguradoras con las que intermedian –aunque sea en forma exclusiva (artículo 133)–; sino que, por el contrario, los agentes y corredores son dueños de sus carteras (artículos 154 y ss.) y la ley expresamente dispone que ellos efectúen dichas gestiones para los asegurados o contratantes (artículo 134), quienes los designan (artículo 134), con el fin de que les presten asesoramiento (artículo 132), pudiendo revocar dicha designación (artículo 134). No se da, pues, entre productores y aseguradoras, el requisito del artículo 67 de la Ley Orgánica del Trabajo, que define la relación laboral como una en la cual una persona está obligada a ‘prestar servicios a otra bajo su dependencia’, ni tampoco el requisito del artículo 1684 del Código Civil, que define el mandato como ‘un contrato por el cual una persona se obliga gratuitamente, o mediante salario, a ejecutar uno o más negocios por cuenta de otra, que la ha encargado de ello’ (esto es sin perjuicio de la posibilidad de considerar que el productor es mandatario del tomador del seguro). La circunstancia de que algunos productores hayan tomado la iniciativa de formar sindicatos, no hace que éstos sean empleados de las aseguradoras. En efecto, los artículos 411 y 418 de la Ley Orgánica del Trabajo dejan claro que los ‘trabajadores no dependientes’ (por ejemplo, los profesionales liberales en ejercicio independiente de su profesión –médicos, abogados, etc.- y los propios agentes y corredores) pueden sindicalizarse; y el artículo 426 de la misma ley prohíbe a los Inspectores del Trabajo negarle el curso a tales sindicatos. Ahora bien, por lo antes dicho, los productores miembros del sindicato no son empleados de ninguna aseguradora, puesto que no se llenan los requisitos de la Ley Orgánica del Trabajo para considerarlos como tales, vistas las citadas disposiciones de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros en cuanto a las labores que desempeñan y su relación con los tomadores de pólizas.

Adicionalmente, no se debe considerar que los productores son empleados de las empresas aseguradoras, pues, si tal fuese el caso, se podría argumentar que hay que añadir, al pago de las comisiones de intermediación autorizadas, el pago de todas las prestaciones de la normativa laboral; lo que violaría varias normas de la ley especial sobre seguros, principalmente el artículo 149, que limita las remuneraciones de los intermediarios de seguros a tales comisiones. Consecuentemente, si –a pesar de lo expuesto– se considerara que puede coexistir la condición de trabajador y la de productor de seguros, las personas que supuestamente están en este caso no podrían acumular lo que alegadamente les corresponde por ambos conceptos, debiéndose, pues, compensar lo recibido por comisiones contra lo que se pretende cobrar por beneficios laborales.

Es usual que el servicio prestado por los productores de seguros a sus clientes, es decir, a los asegurados o contratantes, no solamente incluya recomendarles pólizas, recordarles las fechas de vencimiento de las existentes e indicarles las primas que habrán de pagar, sino, además, que incluya recibir de dichos clientes los montos correspondientes, para evitarles desplazarse hasta las aseguradoras. Obviamente, tales intermediarios deben entregar a las compañías de seguros las primas cobradas, y, por eso, el artículo 148 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros dice que 'los productores de seguros se considerarán depositarios de las primas recaudadas por ellos, hasta tanto las entreguen a la empresa por cuya cuenta han efectuado el cobro'.

Esta gestión no es realizada por los productores como empleados de las empresas de seguros, ya que no tienen tal carácter, ni pueden tenerlo, por disposición expresa del artículo 138, literal b, de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, tantas veces citado.

Los productores –insistimos– son empresarios independientes, cuyo deber es asistir a los tomadores de seguros (y no a las aseguradoras); al punto de que los agentes y corredores disponen de una cartera de clientes, que pueden vender, conforme a los artículos 148 y siguientes de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.

Es más, conforme al citado artículo 148, cada productor es quien coloca en una o varias empresas de seguros las operaciones en las que interviene; lo que pone aún más de manifiesto su carácter de empresario independiente; no siendo, ni pudiendo ser, una suerte de representante de ventas de la empresa de que se trate.

Los agentes y corredores son, pues, comerciantes, que al actuar como intermediarios, están en contacto con las aseguradoras, quienes les pagan una comisión, por mandato del artículo 149 del texto legal mencionado; comisión que consiste en un porcentaje de las primas pagadas por los asegurados (o sea que en definitiva proviene de las personas asesoradas por los productores) y que ha de calificarse como una comisión mercantil (y no como una remuneración de índole laboral).

Todo esto lo confirma el artículo 132 de la misma ley, el cual, luego de expresar que los productores asesoran a los tomadores de seguros, precisa que se regirán por la legislación especial sobre seguros y 'supletoriamente por las normas contenidas en el Código de Comercio'.

De modo que el carácter mercantil de las comisiones recibidas por los productores y de los servicios prestados por éstos, así como la calificación de tales intermediarios como comerciantes independientes, fueron expresamente consagrados por el legislador.

La condición de comerciante del intermediario de seguros es ratificada por el artículo 144 *eiusdem*, que se refiere al 'estado de atraso o quiebra del productor'. En efecto, el atraso o quiebra del agente o corredor sólo es concebible en razón de su carácter de comerciante.

Es necesario concluir en que los productores de seguros son empresarios independientes, cuyos clientes son los tomadores de seguros, a los cuales deben asistir y orientar; y, en razón de esto, tales productores tienen una relación con las empresas aseguradoras, que son la contraparte de dichos clientes; relación que no es de subordinación, sino que cada parte, es decir, los tomadores de seguros asistidos por los agentes o corredores, por un lado, y las empresas de seguros, por el otro lado, representan un interés distinto en los contratos de seguros.

Cuando una aseguradora pide a un productor que le presente determinados recaudos o que le pague la prima cobrada por éste, no está impartándole instrucciones, como a un subordinado, sino que le está informando la necesidad de que se dé cumplimiento a los requisitos legales y contractuales, pues, de lo contrario, se quedará sin cobertura el tomador o contratante, por cuyos intereses el intermediario debe velar, en su condición de asesor.

En la misma obra (página 177), se cita, en apoyo de lo anterior, la Resolución Nº HSS-02-1251 002000 emitida por la Superintendencia de Seguros en fecha 21 de marzo de 1997, que expresa:

La actividad de intermediación en seguros, por las características particulares del contrato de seguros (ser en principio un contrato de adhesión, mediante el cual se establece una relación en la cual el tomador de la póliza se encuentra en una situación de debilidad jurídica frente a su contratante, la empresa aseguradora) supone la intervención como mediador de una persona con conocimientos técnicos suficientes que le permitan asesorar al tomador del seguro en cuanto a los mejores planes existentes en el mercado, así como la asesoría necesaria al momento de la tramitación de algún siniestro...

Finalmente, respecto de dicha resolución, en la misma obra (página 177) se expresa lo copiado a continuación:

La transcripción anterior coincide plenamente con los planteamientos hechos, en cuanto a la incompatibilidad entre la condición de productor de seguros y la de empleado de una aseguradora. En efecto, en primer término, el propio legislador estableció que la cualidad de agente y la

de corredor es excluyente de una relación laboral, no pudiendo calificarse como constitutivos de una vinculación de trabajo ciertos elementos que legalmente han sido definidos como típicos de una vinculación de otra naturaleza (artículo 138, letra b, de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, en concordancia con el artículo 132 *eiusdem*); en segundo término, el agente y el corredor asesoran a los asegurados, de acuerdo con la normativa aplicable, y no a las aseguradoras, a las que –por ende– no prestan servicios, existiendo tan sólo una relación de mediación (artículo 132 de la misma ley); en tercer término, los productores de seguros son quienes colocan las operaciones que intermedian en las compañías aseguradoras, tanto así que tienen una cartera de seguros, que están legalmente habilitados para vender, como comerciantes independientes que son (artículos 154 y 155 *eiusdem*); y, en cuarto término, los intermediarios se rigen por el Código de Comercio, al que remite supletoriamente la ley especial, pudiendo incluso ser objeto de atraso o quiebra, por mandato expreso de ésta (artículos 132 y 144 *eiusdem*).

La peculiar e ilegal doctrina expresada en las tres sentencias mencionadas (una del 10 de diciembre de 1985 y dos del 15 de marzo de 2000), aunada a otra tesis sostenida recientemente por nuestro máximo tribunal (16 de marzo de 2000), puede llevar al absurdo extremo de considerar que se presume que los empleados de las sociedades de corretaje de seguros son, también, empleados de las aseguradoras; y ello con el agravante de que la Sala de Casación Social ha pretendido erigir obstáculos casi infranqueables para que los patronos presuntos presenten la correspondiente prueba en contrario. En efecto, dicha Sala dictó una sentencia que ha recibido mucha difusión y que tiende a privar de todo efecto jurídico los contratos mercantiles tendentes a demostrar el carácter no laboral de ciertas relaciones. Al respecto, la sentencia dictada el 16 de marzo de 2000 por dicha Sala, en el caso de Félix Ramón Ramírez y otros contra Distribuidora Polar, S.A., declaró lo siguiente:

Incurrir en error el Juez ad quem cuando aprecia que el hecho constitutivo de la presunción laboral, la prestación de un servicio personal, había quedado desvirtuado por los documentos constitutivos estatutarios de unas sociedades mercantiles y por los contratos... celebrados entre unas sociedades mercantiles y la demandada que demostraban la existencia de una relación mercantil, pues... 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, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.166 del Código

Civil... En otras palabras, la fuerza obligatoria de los contratos no se puede hacer valer frente a los actores, que son personas naturales, y como tales, distintas de las dos sociedades mercantiles que suscribieron los mismos... Por todo ello esta Sala considera que la existencia de un contrato... mercantil entre dos personas jurídicas y la prestación del servicio personal por otra persona distinta a los demandantes..., no son suficientes para desvirtuar la existencia de la relación de trabajo, pues... no fueron destruidos los elementos característicos de la relación de trabajo: prestación personal del servicio, labor por cuenta ajena, subordinación y salario, pues no basta la existencia de un contrato mercantil entre el patrono y un tercero y la prestación accidental del servicio por otra persona, por aplicación de los principios de irrenunciabilidad de los derechos del trabajo y de primacía de la realidad..., para desvirtuar la presunción laboral, sino que debió el patrono demostrar con plena prueba que la prestación personal del servicio se efectuó en condiciones de independencia y autonomía, que permitieran al juez arribar a la absoluta convicción de que la relación jurídica que los vincula es de una condición jurídica distinta...

La sentencia que acabamos de transcribir prácticamente priva de efectos jurídicos a ciertos contratos de servicio (lo que comúnmente se denomina “outsourcing”), en violación de principios básicos de derecho civil, mercantil y laboral, así como del derecho constitucional de defensa.

Efectivamente, mediante dicha decisión, se pretende impedir que las personas naturales o jurídicas, contra las cuales se hace valer una real o supuesta condición de patrono, demuestren el carácter no laboral de la relación que las une a quien pide la aplicación de la Ley Orgánica del Trabajo. No es razonable, ni ajustado al ordenamiento jurídico, aplicar la presunción de relación laboral contenida en el artículo 65 de dicha ley y, simultáneamente, obstaculizar la prueba de lo contrario, utilizando como pretexto el artículo 1.166 del Código Civil. Efectivamente, esta última disposición, que es de naturaleza sustantiva –y no adjetiva–, simplemente pretende aclarar que *los terceros no asumen obligaciones ni derechos en virtud de los contratos en que no son parte, salvo los casos previstos en la ley (principio de relatividad de los contratos)*. Así que, conforme a esta disposición, un contrato al que un sujeto es ajeno no genera para éste obligaciones ni derechos, sin perjuicio de la posibilidad de establecer estipulaciones en provecho de terceros (artículo 1164 *eiusdem*) o promesas de hechos de terceros (artículo 1164 del mismo código). Ahora bien, *no existe ninguna disposición legal que impida evidenciar, mediante la*



*presentación de un contrato, una situación jurídica, incluso frente a personas que no son parte del mismo (principio de la oponibilidad de los contratos).* Entonces, si se invoca contra una persona física o moral una presunción como la prevista en el citado artículo 65, hay que permitir que ésta demuestre lo contrario; demostración que puede efectuarse mediante la presentación de un contrato susceptible de probar una situación jurídica incompatible con tal presunción, aunque el supuesto trabajador no sea parte de dicho contrato. Existe abundante doctrina según la cual, si bien los contratos no crean obligaciones en cabeza de los terceros, éstos no pueden desconocer la realidad jurídica expresada en tales contratos. Al respecto, nos remitimos a la larga lista de autores citados en las páginas 38 a 46 de la siguiente publicación: Acedo Sucre, Carlos Eduardo: Panorama sobre la Responsabilidad Contractual, en Revista de Derecho Mercantil Nº 20-21 (1996), Caracas, 1999, pp. 3 y ss. Pero, a mayor abundamiento, nos permitimos citar los siguientes autores *adicionales*:

Los franceses Ghestin, Jamin y Billau (Ghestin, Jacques; Jamin, Christophe, y Billau, Marc: *Traité de Droit Civil*, bajo la dirección de Jacques Ghestin, Les Effets du Contrat, París, 1994, p. 376) enseñan lo expresado a continuación:

el principio de efecto relativo se propone limitar a las partes, y a aquellos que les son asimilados, el efecto obligatorio del contrato. Significa simplemente que sólo las partes pueden convertirse en acreedores o deudores por efecto del contrato, y, más generalmente, sujetos activos y pasivos de los efectos obligatorios de este último.

En cambio, no hace obstáculo a la oponibilidad del contrato y de las situaciones contractuales nacidas de este último- Esto permite a las partes, respecto de terceros, y a los terceros, respecto de las partes, hacer valer la situación jurídica creada por el contrato.

Similarmente, los franceses Terré, Simler y Lequette (Terré, Francois; Simler, Philippe, y Lequette Yves: *Droit Civil, Les Obligations*, París, 1996, pp. 387 y 392) escribieron lo copiado seguidamente:

El principio de relatividad de los convenios significa que los terceros no pueden convertirse en acreedores o deudores en razón de un contrato respecto del cual no son partes. Pero no implica que dicho contrato no pueda tener, respecto de ellos, ninguna repercusión. Y de

hecho, el contrato crea una situación jurídica cuya existencia los terceros, incluso no estando personalmente atados por ella, no pueden desconocer. El contrato y la situación jurídica que éste hace nacer son, se dice, oponibles a los terceros, como hechos.

Es sutil la distinción entre el efecto obligatorio del contrato, limitado a las partes, y la situación jurídica nacida del contrato, oponible a los terceros, pero no por ello deja de estar firmemente establecida.

Como un elemento de prueba, un contrato puede ser invocado por una parte o por un tercero, a fin de demostrar su punto de vista.

En Italia, Rescigno (Rescigno, Pietro: *Manuale del Diritto Privato Italiano*, Nápoles, 1986, p. 707) afirma lo mismo, en los siguientes términos:

Al señalar que el contrato no produce efectos respecto a terceros, queremos decir que el contrato no puede modificar su esfera jurídica, en el sentido de ampliación o reducción. En un significado diverso, se habla de la eficacia en relación con los terceros cuando se trata de la oponibilidad, a los mismos terceros, de las nuevas situaciones resultantes del contrato.

En España, nadie discute la validez de la tesis expuesta, tal como ha sido expuesto por La Cruz, Sancho, Luna, Delgado, Rivero y Rams (La Cruz B., José L.; Sancho R., Francisco de A.; Luna S., Agustín; Delgado E., Jesús; Rivero H., Francisco, y Rams A., Joaquín: *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1, Barcelona, 1994, p. 546):

la vinculación la produce el contrato únicamente para las partes.

Esto no quiere decir que los terceros puedan desconocer la realidad del contrato y los efectos que directamente produce en relación con los contratantes. El efecto vinculante se da entre las partes, pero los terceros no pueden pretender ignorar que ha tenido lugar: el contrato, con todos sus consecuencias, en principio es oponible a los terceros.

Similarmente, el español Albadejo (Albadejo, Manuel: *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, volumen primero, *La Obligación y el Contrato en General*, Barcelona, 1997, p. 447) expresa:

el contrato es inoperante frente a terceros... En éstos puede repercutir la situación establecida por el contrato, pero no porque, en sentido jurídico les obligue éste (A no queda obligado por el contrato que celebren B y C estableciendo que A realice cierta prestación a favor de B), sino porque, en sentido vulgar, les alcance aquélla.

En el mismo orden de ideas, los españoles Díez-Picazo y Gullón (Díez-Picazo, Luis, y Gullón, Antonio: Instituciones de Derecho Civil, vol. I/2, Madrid, 1998, p. 74) exponen:

...conviene precisar lo que significa este principio general de la eficiencia relativa del contrato. ¿Qué es lo que se dice que no tiene eficacia para terceros? Ante todo, que la reglamentación que crea, con su cortejo de derechos, facultades y obligaciones, no les es aplicable ni en su provecho ni en su daño (...)

Pero una cosa es que el contrato no pueda crear derechos u obligaciones para terceros sin su consentimiento, y otra distinta que estos terceros tengan que contar con él y con sus efectos.

El igualmente español Ragel (Ragel Sánchez, Luis Felipe: Manual de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones y Contratos, Cáceres, 1997, pp. 195 y 197) explica:

en realidad, la frase 'los contratos sólo producen efecto entre las partes' quiere significar que sólo producen vinculación para los contratantes. Pongamos un ejemplo: un señor casado contrata con otra persona, vendiéndole una casa; obligados quedan únicamente los dos firmantes del contrato, o sus herederos, en caso de fallecimiento y siempre que no sea personalísima la prestación (...)

Se dice que existe eficacia indirecta –u oponibilidad– del contrato cuando los terceros deben contar en el futuro con ese contrato, lo que quiere decir que tendrán que actuar conforme a esa realidad, sin posibilidad de eludirla jurídicamente. Así, por ejemplo, los terceros no quedan obligados por los estatutos de una sociedad anónima, pero tienen que aceptar la existencia de esa sociedad y, por tanto, la realidad del pacto de constitución de la misma.

En rigor, la oponibilidad se caracteriza por imponerse al tercero el contrato llevado a cabo por otros: debe soportar esa realidad, contar con ella a la hora de ejercitar sus derechos. Cuando las partes contratantes oponen el contrato al tercero, no pretenden vincularle sin su voluntad extendiendo a él las deudas, sino hacerle respetar los efectos que dicho contrato ha producido entre ellos.

Asimismo, el español Puig Brutau (Puig Brutau, José: Compendio de Derecho Civil, Vol. II, Barcelona, 1997, p. 195) afirma lo siguiente:

En relación con un contrato celebrado, son terceros todos los que no ha intervenido como partes contratantes, y son, por tanto, los que no pueden quedar afectados en sus derechos y obligaciones. Pero una cosa es que nadie pueda disponer de los derechos de los terceros, sin entrar en relación contractual con ellos, y cosa diferente que, una vez el contrato haya sido válidamente celebrado, no pueda ser desconocido. El contrato es una realidad que, en principio, no cabe desconocer, sin perjuicio de que no pueda afectar directamente a los derechos y obligaciones de terceros. Son cosas diferentes los efectos entre las partes contratantes y la oponibilidad del contrato frente a terceros (...)

Nadie puede quedar obligado sin su voluntad de obligarse (...)

Pero una cosa es adquirir derechos y obligaciones del contrato, y otra cosa es que éste no sea una nueva realidad que todos han de respetar. Los contratantes podrán exigir que el contrato les sea reconocido cuando ello les interese (oponibilidad del contrato).

Finalmente, en Venezuela, el doctor Mélich (Mélich Orsini, José: *Doctrina General del Contrato*, Caracas, 1997, pp. 668 y ss.), en el mismo sentido, expresó lo siguiente:

Hay, en verdad, unos *efectos directos* o *internos* del contrato y unos *efectos indirectos* o *externos* del mismo, en cuanto que el contrato es un hecho de la vida social susceptible de tener reflejos en los derechos y situaciones jurídicas de los otros integrantes del cuerpo social, aun si no puede predicarse que él los haya hecho deudores ni acreedores. En principio, sólo las personas que por sí mismas o a través de un representante suyo han prestado su consentimiento para la formación del contrato, resultan ligados por los efectos directos o internos del contrato (...)

En cambio, en materia de efectos indirectos o de oponibilidad del contrato regiría un principio opuesto. La oponibilidad sería la regla y la inoponibilidad de excepción. La oponibilidad alude a la cualidad reconocida a un elemento del orden jurídico (un hecho, un negocio jurídico, un derecho y, en general, una situación jurídica) en virtud de la cual tal elemento se refleja indirectamente fuera de su círculo de actividad directo, imponiendo a personas distintas de las que actúan el efecto directo el deber de tener en cuenta o de abstenerse de atentar contra lo que resulta de la existencia de dicho elemento.

De modo que la doctrina según la cual los contratos son oponibles a terceros es universalmente aceptada, siendo su mejor exponente, en Venezuela, el académico, autor y profesor Melich Orsini.

Todo lo anterior pone en evidencia la necesidad de que la casación venezolana revise la tesis expresada en las tres sentencias mencionadas en el presente trabajo; porque la Sala de Casación Social no debería permitir, ni que se presuma que los intermediarios de seguros son empleados de las aseguradoras, ni que, de manera general, se ponga trabas a los supuestos patronos, impidiéndoles presentar pruebas contra la presunción de relación de trabajo. Interpretar los artículos 1.166 del Código Civil y 65 de la Ley Orgánica del Trabajo, como nuestro máximo tribunal los ha interpretado, es, además de antijurídico, un atropello. Adicionalmente, coloca a los productores de seguros, a las aseguradoras y a los propios asegurados, en una situación muy difícil, pues el asunto es de tal gravedad que puede afectar la viabilidad económica del negocio de seguros en Venezuela.

A lo anterior se añade lo siguiente, que reviste particular importancia, por afectar la manera misma como ha de impartirse justicia en nuestro país, para preservar los derechos de las partes:

Las sentencias de los tribunales superiores pueden ser objeto de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo de Justicia, antes denominado Corte Suprema de Justicia. El recurso de casación puede incluir denuncias u objeciones *de forma* y denuncias u objeciones *de fondo*, en relación con la sentencia de que se trate. Al respecto, el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil ordena al máximo tribunal pronunciarse, en primer término, sobre las denuncias *de forma*; y, entonces, si estas denuncias son improcedentes, se pasa a estudiar las denuncias *de fondo*. Esto tiene sentido, puesto que entrar a conocer el fondo presupone que la sentencia esté bien estructurada desde el punto de vista formal; por ejemplo, debe contener un análisis de las pruebas, incluir un pronunciamiento sobre las defensas opuestas y dar razones para condenar o absolver. Lógicamente, es nula la decisión judicial que no cumple con estos requisitos, y así debe ser declarado por el máximo tribunal al decidir el correspondiente recurso de casación. No atender las denuncias de forma, al decidir un recurso de casación, afecta perjudicial e ilegalmente las posibilidades del recurrente de defenderse en un juicio

justo. En efecto, retomando el ejemplo anterior, sería un contrasentido pronunciarse sobre materias de fondo, si ni siquiera se ha determinado que se analizaron las pruebas y se tomaron en cuenta las defensas, o si no se sabe cuál es la razón por la cual el asunto se decidió de una determinada manera. No se trata de formalismos inútiles, sino de requisitos mínimos que han de ser respetados por toda decisión judicial, para que exista una sana administración de justicia. Sin embargo, en las referidas sentencias de fecha 15 de marzo de 2000, el Tribunal Supremo de Justicia subvirtió el trámite que corresponde a un recurso de casación en lo que toca al conocimiento de las denuncias de forma y de fondo, vulnerando así el derecho de defensa de las compañías de seguros demandadas.

En efecto, ambas sentencias de casación pretenden estar amparadas en disposiciones de la Constitución de 1999, las cuales interpretan erróneamente; y desnaturalizan y desconocen el régimen legal que corresponde a los errores *in procedendo* de una decisión judicial, que producen la nulidad de ésta. So pretexto de hacer abstracción – equivocadamente– de un supuesto formalismo, deniegan la formalidad jurídica razonable y existente. Veamos:

Expresan las referidas sentencias que la Constitución de 1999, claramente ordena evitar las reposiciones inútiles e invocan, entre otras, las siguientes disposiciones constitucionales:

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 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* (las cursivas son de la Sala).

Artículo 257.- El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. *No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales* (las cursivas son de la Sala)

En ambas sentencias también se invoca el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, que dispone:

Los jueces procurarán la estabilidad de los juicios, evitando o corrigiendo las faltas que puedan anular cualquier acto procesal. Esta nulidad no se declarará sino en los casos determinados por la ley, o cuando haya dejado de cumplirse en el acto alguna formalidad esencial a su validez.

En ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado.

Expresa una de las sentencias (la dictada en el juicio seguido por Francisco Dávila Alvarez contra C.A. Venezolana de Seguros) que entre las nulidades ordenadas por la ley, se encuentra la disposición del artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual, la sentencia que no cumpla los requisitos formales del artículo 243 de ese Código, es nula.

Asimismo, se transcribe el artículo 49 de la Constitución de 1999, que consagra la garantía del debido proceso, disponiendo que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas, y como consecuencia de ello, se establecen varios principios, entre los cuales citamos los siguientes: 1.- la defensa y asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso; 2.- Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo determinado legalmente; 3.- Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias y especiales, con las garantías establecidas en la Constitución y en la ley.

Expresan las sentencias que, como consecuencia de las disposiciones invocadas, *en aplicación del principio finalista y acatando la orden de evitar reposiciones inútiles*, la Sala no declarará la nulidad de la sentencia recurrida, si una concreta deficiencia de forma intrínseca no impide determinar el alcance subjetivo y objetivo de la cosa juzgada, no hace imposible su eventual ejecución y no viola el derecho de las partes a una justa resolución de la controversia.

Se afirma igualmente, en las sentencias, que el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil –en la parte que dispone que

Si al decidir el recurso la Corte Suprema de Justicia encontrara una infracción de las descritas en el ordinal 1º del artículo 313, se abstendrá de conocer las otras denuncias de infracción formuladas, y decretará

la nulidad y reposición de la causa al estado que considere necesario para restablecer el orden jurídico infringido...—

*es contraria a los principios constitucionales que ordenan no sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales, a obtener con prontitud una decisión sobre la controversia, a una justicia expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.* Como consecuencia de ello, la Sala desaplica la referida regla del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, que ordena resolver, en primer término, y en forma excluyente en caso de procedencia, el recurso de forma.

Al desaplicar la referida norma y pasar a conocer de las denuncias de fondo, antes de las de forma, la Sala desconoce que en una sentencia viciada por faltar a las formalidades que exige la ley como presupuesto esencial a su validez, no puede existir justicia, pues la violación de dichas formalidades esenciales supone un examen distorsionado o incompleto de la relación procesal.

El ordinal 1º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, dispone los supuestos de la casación de forma, a saber: a) el quebrantamiento, en el proceso, de formalidades sustanciales de los actos que menoscaban el derecho de defensa; b) el incumplimiento, en la sentencia, de los requisitos que exige el artículo 243 de ese Código; y c) cuando la sentencia adoleciera de los vicios enumerados en el artículo 244 *eiusdem*.

Nótese que el primer supuesto de casación de forma se produce dado el quebrantamiento de formalidades esenciales de actos del proceso, que hayan producido indefensión. Al ordenar la Sala de Casación Social el conocimiento previo de denuncias de fondo, por sobre las de forma, consiente y ratifica las posibles indefensiones que se hayan producido en el proceso por causa de quebrantamientos de formas esenciales en los actos ocurridos en el mismo. En los juicios donde se dictaron tales sentencias, no se denunció tal supuesto de casación forma, pero la doctrina que asienta la Sala de Casación Social comporta un peligroso antecedente para otros juicios donde dicho supuesto se denuncie.

Por otra parte, con dicha determinación, la Sala de Casación Social asigna, a las formalidades establecidas para la sentencia en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, el carácter de “no esenciales” e



“inútiles” y, a la reposición que procede en caso de que una sentencia falte a las mismas, el carácter de “reposición inútil”.

Dicha determinación, que pretende ampararse en normas constitucionales, viola las mismas, pues las formalidades que exige para la sentencia el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil son esenciales para su validez, y por tanto, no son inútiles. En efecto, la razón de ser de las mismas es garantizar el derecho de defensa de las partes y el derecho a una decisión justa, dentro del marco de la legalidad y la seguridad jurídica. Sin el cumplimiento de dichas formalidades, no puede haber justicia, y, precisamente eso es lo que pretende garantizar la Constitución Nacional.

La Constitución de 1999 ordena no sacrificar la justicia por la omisión de *formalidades no esenciales*. Ordena al Estado garantizar una justicia, expedita, *sin formalismos o reposiciones inútiles*. Las formalidades que exige para la sentencia el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil son esenciales, y la reposición que conlleva el incumplimiento de las mismas, es útil y necesaria para una sana administración de justicia. Por tanto, la Constitución Nacional no ordena a los Magistrados del Tribunal Suprema de Justicia desconocer esas formalidades, ni ellos están facultados para “desaplicar” la regla del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil que alude a la prioridad de conocimiento de las denuncias de forma y, en caso de que procedan, a la exclusión de las denuncias de fondo.

Ninguna sentencia que quebrante los requisitos del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, puede cumplir el fin de impartir justicia, que es el fin de toda sentencia, dictada por los órganos que tienen encomendada esa atribución. La sentencia es el acto procesal mediante el cual se manifiesta el deber de los jueces de impartir justicia y el artículo 257 de la Constitución de 1999 expresa que el proceso “...constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia...” .

Las formalidades establecidas en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, –cuyo incumplimiento configura los llamados “errores *in procedendo*” y conlleva al decreto de nulidad de la sentencia de la última instancia y a la orden de reposición de la causa– son *esenciales*, y dicha reposición, lejos de inútil, es *útil*.

Antes de referirnos a los requisitos intrínsecos que exige el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, para las sentencias, conviene

citar algunas palabras del maestro Carnelutti, que han sido tomadas para establecer las finalidades de la casación de forma. Según cita el doctor Leopoldo Márquez Añez, en su obra “Motivos y Efectos del Recurso de Casación de Forma”, Colección Estudios Jurídicos, Nº 25, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pág. 7, es un postulado de la teoría del maestro Carnelutti que

...si el proceso es un régimen estructurado para garantizar la justicia de la decisión, los errores *in procedendo* que en su decurso se produzcan, constituyen un síntoma de injusticia que debe reprimirse por medio de la rescisión de la sentencia...

En el mismo sentido, el maestro Piero Calamandrei, en su obra La Casación Civil, tomo 2, p.184, señala:

...las actividades humanas (del juez y de las partes) que componen el proceso, están minuciosamente reguladas por el derecho objetivo (derecho procesal), con el propósito de hacerlas todo lo idóneas que sean (sic) posible para alcanzar la finalidad a la cual las mismas están preordenadas, esto es, a provocar una declaración jurisdiccional que proclame como voluntad de ley aquello que *efectivamente* la ley ha querido (sentencia justa); de suerte que, en sustancia, las mismas se reducen a ser una sucesión de actos para la reunión de materiales de cognición (fase instructoria), que pueden poner al juez en situación de establecer con certeza los términos de la controversia y la voluntad de ley que la dirime (fase decisoria).

Los más destacados procesalistas modernos se han pronunciado respecto del necesario cumplimiento en la sentencia de los requisitos formales que establece la ley procesal, todos precisamente llamados a garantizar la legalidad del proceso, la seguridad jurídica, y por ende, una sana administración de justicia. Entre los procesalistas venezolanos, existen excelentes trabajos que tratan el tema, entre los cuales podemos citar los del maestro Humberto Cuenca, José Román Duque Sánchez y Leopoldo Márquez Añez. La jurisprudencia establecida durante más de cien años por el máximo tribunal se ha pronunciado respecto del carácter esencial de las formalidades intrínsecas exigidas para las sentencias, atribuyéndoles, incluso, carácter de orden público.

Así pues, el maestro J. R. Duque Sánchez, en su obra *Manual de Casación Civil*, Caracas, 1977, pp. 86, 87 y 93, expresó:

La Casación vela por la correcta interpretación de la Ley tanto substantiva, como adjetiva. Hay interés no sólo en que se aplique bien el derecho contenido en las leyes de fondo, sino también en que no se quebranten los trámites esenciales de procedimiento. De aquí la distinción que el artículo 419 del Código de Procedimiento Civil hace entre recurso por infracción de ley y recurso por quebrantamiento de forma, según que la infracción se haya cometido en la decisión de las cuestiones que constituyen el fondo de la controversia, o sea, errores de juzgamiento (errores in iudicando) o en las decisiones referentes a las formalidades esenciales del juicio, es decir, errores o defectos de actividad (errores in procedendo). Debe tenerse presente que los errores in procedendo, si bien dan lugar a un recurso de forma, ello, sin embargo, no basta. Es necesario, además, que ese error esté comprendido en alguno de los tres casos del artículo 421 del Código de Procedimiento Civil, pues, de lo contrario, es recurso de fondo, por más que se trate de infracción de una norma procesal ...

Otro procesalista, no menos distinguido, como CARNELUTTI, al referirse a los motivos de casación, afirma:

La rescisión de la sentencia impugnada en casación sólo puede ser pronunciada por ciertas razones, las cuales se resuelven necesariamente *en un contraste entre lo que el juez ha hecho y lo que hubiera debido hacer*, por eso tales razones se llaman tradicionalmente *errores* de juez, locución en la cual error se usa más bien en el sentido empírico de equivocación o desviación que en el técnico jurídico de vicio de la intención.

Estos errores –agrega– se distinguen también tradicionalmente en dos categorías, denotadas mediante la fórmula de *error in procedendo* y *error in iudicando*, fórmula que, aunque haya sido sometida a una larga y atenta elaboración, no ha mostrado tal vez hasta hoy su valor exacto. Hasta ahora se pensó que la diferencia entre *error en el juicio* y *error en el procedimiento estaba únicamente en que el primero se refería a la causa y el segundo al efecto de la equivocación cometida por el juez*: habría falsos juicios, que bastarían por sí solos para consentir la rescisión de la sentencia, independientemente de su repercusión sobre el acto que determinaron; habría, por otra parte, ciertos actos cuyo cumplimiento en forma diversa de la querida por la ley constituiría

motivo de casación por sí sola (sic), independientemente de la naturaleza del juicio que los hubiera engendrado; según esta línea divisoria, si los *errores* (en la solución de una cuestión) de fondo eran tratados como *errores de juicio*, los *errores de orden podían referirse tanto al procedere como al indicare*, por ejemplo, que hubiera decidido un juez incompetente, se consideraba no tanto un *error in procedendo* cuanto un *error in iudicando* si la equivocación había ocurrido en solución de una cuestión de derecho referente a la competencia.

Este modo de plantear la decisión –concluye CARNELUTTI– no apreciaba la verdadera razón de ella, que *no está sino en la profunda diferencia entre el orden y el fondo, esto es*, entre la conducción del proceso y la decisión de la lista o la administración del negocio, y *estos dos momentos de la actividad del juez están en relación de medio a fin: para las cuestiones de orden, lo que importa a los fines de la rescisión no es tanto el por qué cuando el sí se ha seguido o no el iter señalado por la ley como el más idóneo para llegar al fin*; en cuanto a las cuestiones de fondo, no se puede pretender lo mismo, es decir, que sólo la obtención o no obtención del fin sea relevante, debiéndose indagar igualmente si la decisión ha sido justa y, por tanto, cuál hubiera debido ser, el juicio rescindente se transformaría en rescisorio, y la apelación no sería ya limitada; lo que para las cuestiones de fondo importa es, pues, si al resolverlas se incurrió en algún error. Es exacto, por tanto, distinguir los *errores in iudicando como errores de juicio de los errores in procedendo, como errores de actividad*, pero es hora de agregar que *los segundos atañen sólo al orden y los primeros sólo al fondo*, por lo cual el error de juicio no determina la casación si no ha ocurrido al resolver cuestiones de orden lo que importa es la desviación del procedimiento, la cual, si existe, determina la casación cualquiera que sea la naturaleza del error que la ha engendrado, y si no existe, nada cuenta el error cometido en la solución(...)

De una manera general podemos decir que la omisión en un fallo de alguno de los requisitos exigidos por el artículo 162 del Código de Procedimiento Civil da lugar a la casación de dicho fallo, como consecuencia de un recurso de forma. *Este artículo es norma de orden público, tanto porque así se desprende del contenido del artículo 231 del mismo Código al autorizar la reposición fundada en su quebrantamiento, aún alegado por primera vez en Casación, como porque así lo declaró también el Supremo Tribunal en sentencia del 15-11-61.*

En cuanto a las formalidades substanciales del procedimiento, la Corte tiene establecido en sentencia del 24-12-1915, reiterada en sentencia del 7-12-61, que ‘aún cuando las partes litigantes manifiesten su acuerdo,

no es potestativo a los tribunales subvertir las reglas legales con que el legislador ha revestido la tramitación de los juicios, pues su estricta observancia es materia íntimamente ligada al orden público (el penúltimo resaltado del antepenúltimo párrafo y el resaltado del penúltimo párrafo son nuestros; los demás resaltados son del autor).

Asimismo, el maestro Humberto Cuenca, en su obra “Curso de Casación Civil”, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca, Caracas, 1980, pág.124, 125 y 126 expresó:

de la sentencia definitiva, se resuelve en el incumplimiento de una condición legal. La validez de cada acto está condicionada a la realización de ciertas exigencias legales o esenciales. Ya hemos dicho que existen nulidades legales o esenciales, por disposición expresa de la ley, y nulidades virtuales, por falta de requisitos esenciales (...) La infracción de algunos requisitos esenciales no está sancionada por norma alguna, pero el acto se considera nulo porque la falta de estos requisito los hace ineptos para alcanzar la eficacia jurídica que la ley les determine (...) La nulidad virtual, según nuestro ordenamiento afecta la validez del acto (...)

Se ha reconocido a los imperativos legales de la sentencia, en forma aislada o en su conjunto, el carácter de orden público...

La Constitución de 1999 no cambió los principios y las garantías constitucionales bajo las cuales se ha producido, de forma uniforme y pacífica, la doctrina según la cual, las formalidades exigidas para las sentencias son esenciales y necesarias para determinar el cumplimiento del fin último de todo proceso: la justicia. Al contrario, ratifica dichas garantías y amplía sus postulados, las cuales se desnaturalizan en las sentencias dictadas bajo la ponencia de uno de los magistrados de la Sala de Casación Social. Las otras Salas, y otras sentencias dictadas con ponencia de otros magistrados de la Sala de Casación Social, reconocen y respetan el régimen procesal correspondiente a las denuncias de casación de forma.

A continuación, nos referimos a las formalidades impuestas a las sentencias en nuestro ordenamiento procesal que consideramos más importantes.

El artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, en su ordinal 4º, exige de toda sentencia la expresión de las razones de hecho y de derecho de la decisión. Según dicho requisito la sentencia debe expresar los

fundamentos de hecho, es decir, el establecimiento de los hechos involucrados en la controversia, con mención de su respectivo respaldo probatorio y los fundamentos de derecho, es decir, la expresión de las normas o principios legales que apoyen la decisión.

El artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, dispone que la sentencia será nula en el caso siguiente:

por faltar las determinaciones indicadas en el artículo en el artículo anterior; por haber absuelto la instancia; por resultar la sentencia de tal modo contradictoria, que no pueda ejecutarse o no aparezca que sea lo decidido; y cuando sea condicional o contenga ultrapetita.

A continuación, nos referimos a algunas de las formalidades impuestas a las sentencias por el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, que, según el artículo 244 *eiusdem*, entre otras, determinan la nulidad del fallo. A propósito de este análisis crítico, hemos escogido los requisitos de “congruencia” y “motivación”, pues ellos se acusan mediante denuncias contenidas en las formalizaciones de las compañías de seguros, siendo nuestra intención destacar, en virtud de la doctrina que asienta la Sala de Casación Social en dichos fallos, que el conocimiento de denuncias de ese tipo debe ser previo al conocimiento de las denuncias de fondo, sin que ello reste importancia a los otros errores *in procedendo* previstos en nuestra legislación.

La motivación de las sentencias es un requisito universalmente contenido en las leyes procesales. Las motivaciones de hecho y de derecho de una decisión son necesarias, pues a través de ellas se puede ejercer el derecho de controlar la legalidad del fallo. Si los jueces no motivaran sus fallos, las decisiones serían arbitrarias. Es imposible que las partes puedan ejercer su derecho de impugnar la sentencia dictada por un tribunal de instancia si ésta carece de motivación. Es más, nos preguntamos, ¿cómo podría el Tribunal Supremo de Justicia examinar, como expresa, “...la posible infracción del derecho de las partes a una justa resolución de la controversia...”, si antes no examina, con arreglo a las denuncias de forma explanadas en la formalización o incluso, de oficio, como lo permite el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, si la sentencia contiene todas las razones de hecho que según el desenvolvimiento del proceso y las pruebas llevadas al mismo estaban llamadas a motivar la decisión, así

como los fundamentos de derecho de lo decidido. Ese examen previo es lo único que garantiza el control debido de la legalidad del fallo. El conocimiento del fondo, a pesar de que exista una inmotivación, atenta contra el derecho de las partes de obtener, por medio del proceso, justicia. Nos preguntamos, ¿es que la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia puede pasar a determinar, analizando previamente la cuestión de fondo, si una sentencia es justa o no a pesar de que la misma fue proferida sin analizar determinadas pruebas? Claro que no puede; por eso, la formalidad de la motivación es necesaria y esencial para garantizar el derecho de las partes a una decisión justa, derecho éste que, garantiza la Constitución 1999 en su artículo 26 y en su artículo 257.

Otro de los requisitos que exige el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, para las sentencias, es la expresión de una "...decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse la instancia". Según dicho requisito, la sentencia no puede ser vaga o imprecisa y debe pronunciarse respecto de todos los alegatos y defensas esgrimidos por las partes. El sentenciador debe, en su decisión, ajustarse a los límites del problema judicial sometido a su decisión, según los términos del libelo de la demanda y la contestación. Uno de los principios de la garantía del debido proceso que consagra el artículo 49 de la Constitución de 1999, es el derecho de toda persona de ser oída. Si el demandado expone en su defensa un alegato, y el sentenciador de alzada no se pronuncia ni decide ese alegato, la sentencia incumple el requisito de congruencia que le exige la norma referida. El incumplimiento de dicho requisito produce, pues, una sentencia injusta. Nos preguntamos, ¿cómo puede la Sala de Casación del Tribunal Supremo de Justicia dictaminar si una sentencia es justa o no considerando en forma previa, el fondo del asunto, si en ella se omitió decidir una defensa expuesta por una de las partes? No puede hacerlo. Por eso, el requisito de congruencia que dictamina para las sentencias la referida norma, es esencial y necesario para la obtención de la justicia.

En conclusión, una sentencia que falta a los requisitos intrínsecos que exige el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, como condicionantes de su validez, es ineficaz, y por ello, no puede ser justa.

El revisar el fondo de la controversia, a través del conocimiento previo de las denuncias de fondo, para establecer si una sentencia es justa o no, es absurdo. Nadie puede encontrar justicia en una sentencia viciada, es decir, en una sentencia que haya distorsionado o desconocido la relación procesal. Proceder bajo esa insostenible premisa, impide una recta administración de justicia.

La Constitución de 1999 no ordena desconocer las formalidades esenciales que exige para las sentencias el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil y que determinan, en caso de procedencia, la exclusión del conocimiento de las denuncias de fondo y la nulidad de ese acto procesal, pues dicho acto –viciado– no es, ni puede ser susceptible de alcanzar su fin último: impartir justicia.





# Préstamo de títulos valores\*

Carlos Pérez Castro\*\*

## I. INTRODUCCIÓN

El préstamo o mutuo de títulos valores ha sido utilizado recientemente por ciertas instituciones financieras y casas de bolsa como un mecanismo de financiamiento e inversión<sup>1</sup>. Mediante el préstamo de valores, los bancos o sociedades de corretaje pueden ofrecer a sus clientes una alternativa de inversión que aumenta el rendimiento de un portafolio de inversión en valores. También se utiliza como una modalidad de financiamiento que permite la toma de posiciones cortas en valores, y como fuente alterna de financiamiento e inversión relacionada con

---

\* El presente estudio es parte de un trabajo más extenso preparado conjuntamente con el Dr. Héctor Nava Zambrano, titulado “Nuevos Productos Financieros y Bursátiles”. Hecho el registro y depósito legal. Agradecemos la ayuda de la Dra. Uxúa Ojer, por sus comentarios al Capítulo II, y del Dr. Eduardo Leáñez, por su revisión del Capítulo V.

\*\* Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello, 1987.

1 Las Normas Sobre las Actividades de Intermediación de Corretaje y Bolsa (“NAICB”), promulgadas por la Comisión Nacional de Valores, finalmente reconocieron el préstamo o mutuo de títulos valores como una actividad típicamente bursátil permitida a las casas de bolsa y sociedades de corretaje (Resolución nº 101-2000 del 3 de mayo de 2000, G.O. nº 36.951 del 16.05.00).

operaciones en títulos valores. El préstamo o mutuo de títulos valores constituye un mecanismo de captación, cuando el banco o sociedad de corretaje toma prestado de sus clientes una cantidad de títulos valores de renta fija o renta variable, con la obligación de devolver títulos similares o su valor de mercado al vencimiento del plazo establecido en el contrato. Es un mecanismo de financiamiento, si el banco o sociedad de corretaje presta los títulos a un cliente.

A continuación se analiza desde un punto de vista regulatorio e impositivo la captación y préstamo de títulos valores, realizados tanto por instituciones financieras regidas por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, como por casas de bolsa o sociedades de corretaje regidas por la Ley de Mercado de Capitales.

## **II. ASPECTOS LEGALES DEL PRÉSTAMO DE VALORES**

### ***1. Naturaleza jurídica del contrato de préstamo de valores***

El préstamo de títulos valores constituye un “mutuo o préstamo de consumo”, cuya definición está prevista en el artículo 1.745 del Código Civil Venezolano (“CCV”), que señala: “El mutuo es un contrato por el cual una de las partes entrega a otra cierta cantidad de cosas, con cargo de restituir otras tantas de la misma especie y calidad.”

Mediante la operación de préstamo de títulos valores, una persona llamada mutuante o prestamista transfiere a otra llamada mutuario o prestatario la propiedad de títulos valores, con el derecho de recibir de parte del mutuario o prestatario, en el momento y lugar estipulados: (i) otros tantos títulos del mismo emisor, clase y serie o su valor de mercado a la fecha de vencimiento; (ii) un premio o contraprestación; y (iii) el reembolso de los derechos patrimoniales generados por los títulos valores (los cuales pueden incluir dividendos, en el caso de acciones, y pagos de intereses o amortizaciones de capital, en el caso de títulos de deuda). Por su parte, el prestatario se hace propietario de los títulos valores, con cargo a devolver otros equivalentes o su valor al vencimiento del préstamo, además del pago de una contraprestación y el reembolso de los derechos patrimoniales.

El mutuo o préstamo que tiene por objeto títulos valores tiene carácter mercantil, ya que uno o ambos contratantes son comerciantes y la cosa prestada se destina a actos de comercio (Código de Comercio [CCO] art. 527). El efecto principal de considerarse el préstamo como mercantil es que se presumen intereses (CCO art. 529), mientras que en el mutuo o préstamo ordinario los intereses deben pactarse (CCV art. 1737).

## **2. Características y elementos del contrato de préstamo de valores**

- a. El mutuo es un *contrato real*, ya que se perfecciona con la entrega de la cosa (CCV art. 1736). La entrega de la cosa se materializa de distintas maneras. Si se trata de acciones de una sociedad, habrá que inscribir el traspaso en el libro de accionistas; si se trata de títulos valores a la orden, habrá que entregar el título debidamente endosado y si son al portador, bastará con la entrega del título al prestatario (CCO art. 150). En caso de que el mutuo tenga por objeto un crédito nominativo, o no a la orden, la transmisión al mutuario requiere ser notificada al deudor (CCV arts. 1549 y ss.). Si son títulos desmaterializados, se deberá notificar al agente de traspaso (aplica el mismo principio que los créditos nominativos), y si están depositados en Caja de Valores, deberá notificarse del cambio de titularidad y traspaso entre subcuentas ante la Caja de Valores (Ley de Cajas de Valores [LCV] arts. 16 y 22).
- b. El mutuo es un *contrato unilateral*, en el sentido de que una sola de las partes es la que se obliga (CCV art. 1134). El único obligado bajo el contrato de préstamo de valores es el mutuario o prestatario, quien debe restituir títulos de la misma especie de los prestados y pagar una contraprestación al prestamista.
- c. El *objeto del contrato* son cosas fungibles, es decir, cosas sustituibles por otras por tratarse de bienes idénticos desde el punto de vista de su valoración social. Según un sector de la doctrina, el contrato de mutuo sólo puede referirse a cosas consumibles, incluso, el mutuo se ha denominado como “préstamo de consumo”. Sin embargo, de acuerdo con el Código Civil, el mutuo no supone necesariamente un consumo por parte del prestatario. Fungibilidad y consumibilidad no deben ser confundidas. La fungibilidad denota pertenencia a una determinada categoría en que las cosas agrupadas en ellas se consideran

idénticas y, por tanto, sustituibles. La consumibilidad es un calificativo que prescinde de la pertenencia y considera la cosa por sí, en razón a la posibilidad de su destrucción por el primer uso. Tampoco debe identificarse fungibilidad con equivalencia ya que ésta última relaciona la cosa con el valor que se le atribuye. La fungibilidad de los bienes puede pactarse en base al principio de autonomía de la voluntad.<sup>2</sup> De esta forma, la voluntad de las partes puede hacer fungibles cosas que desde el punto de vista social escapan de esta clasificación.

En principio, el préstamo de valores puede tener por objeto cualquier título valor que pueda ser considerado fungible. Así, una acción emitida por una compañía será fungible respecto de otras acciones de la misma clase y valor nominal emitida por la misma compañía; un papel comercial o bono será fungible respecto de otros títulos del mismo emisor, con igual denominación y condiciones. Un título emitido por una institución financiera será un bien fungible siempre que exista disponibilidad de obtener títulos de la misma especie y calidad. Si el título es representativo de una deuda de la institución financiera (e.g. un certificado de depósito), será fungible respecto de cualquier otro instrumento emitido o aceptado por la misma entidad, y que represente una obligación de pagar la misma cantidad de dinero en la misma fecha.<sup>3</sup> Todo esto sin perjuicio a que las partes pacten fungibles títulos que son infungibles desde un punto de vista objetivo.

Si una de las partes es una casa de bolsa o sociedad de corretaje, el préstamo sólo puede versar sobre uno cualquiera de los instrumentos determinados por las Normas Sobre las Actividades de Intermediación de Corretaje y Bolsa (“NAICB” o “Normas de Intermediación”) (NAICB arts. 39 y 60).<sup>4</sup> No existe una limitación similar aplicable a los bancos

---

2 G. Kummerow, *Bienes y Derechos Reales - Derecho Civil II*, pp. 34 y ss., Caracas, 1997.

3 Consideramos ajustada la definición de fungibilidad respecto de los títulos valores que trae el derecho positivo español: “...se considerarán fungibles los títulos valores que, puestos en circulación por el mismo emisor, sean de la misma clase, tengan el mismo valor nominal y confieran idénticos derechos, cualquiera que sea su numeración.” (Decreto 1128-1974 art. 2.4, cita de J. Edemaño, *Las Operaciones Bursátiles a Crédito en las Bolsas Españolas*, p. 74, Madrid, 1993).

4 El art. 60 de las NAICB establece que el préstamo de valores, al igual que el reporto, si una de las partes es casa de bolsa o sociedad de corretaje, puede versar únicamente sobre títulos de oferta pública autorizada por la Comisión Nacional de

o instituciones financieras, por lo tanto, el préstamo de valores podrá versar sobre cualquier título valor que pueda ser considerado como “fungible”, independientemente de su alta o baja liquidez o que haya sido objeto de una oferta pública.<sup>5</sup>

- d. La *causa del contrato* de préstamo de valores es la facultad de decisión, o el poder de determinar un resultado, que adquiere el prestatario. El prestatario al celebrar el contrato de mutuo, recibe en propiedad títulos valores del prestamista y como propietario, podrá disponer de esos títulos durante la vida del préstamo, así como podrá recomprar los títulos que deba restituir en el momento que crea más conveniente. Por otro lado, el prestamista cede los derechos y riesgos de los títulos y sacrifica un flujo de efectivo cierto (que podría obtener con la venta de los títulos), a cambio de la restitución de títulos de la misma especie en una fecha futura y el pago de una prima de reembolso.

En virtud de la libre disposición del título objeto del mutuo, el prestatario normalmente vende el título (venta en corto) o lo reporta, por lo que recibe un flujo de efectivo hoy, a cambio de flujos de efectivo futuros que debe entregar para recomprar títulos equivalentes y cumplir su obligación con el prestamista. Para que el prestatario tenga una ganancia en una venta en corto, el precio de venta del título recibido en mutuo debe ser superior al precio de recompra de un título similar al final del contrato más la prima pagada. Más exactamente, el precio de venta más el valor futuro de los pagos hechos por el emisor durante la vigencia del préstamo –si es el caso-, calculados a la fecha de vencimiento o fecha en que el prestatario reembolsa al prestamista, debe ser superior al precio de recompra del título más la prima pagada al prestamista. Para el prestamista en cambio, las variaciones en el

---

Valores u otro organismo similar del exterior, o emitidos de conformidad con la Ley del Banco Central de Venezuela o la Ley de Crédito Público, todos los cuales son fungibles (ver *post* sección IV.3).

En ciertas jurisdicciones, se exige además que las operaciones de ventas en corto - que suponen un préstamo de valores - sólo pueden tener por objeto valores de alta liquidez que garanticen al prestatario una disponibilidad de títulos similares al vencimiento del préstamo (e.g. Comisión Nacional de Valores de Méjico, Circular 10-139 del 19/09/90).

5 Si el préstamo es celebrado entre una sociedad de corretaje y una institución financiera, entonces no tiene que limitarse a la lista taxativa de las NAICB.

precio del instrumento son irrelevantes, los únicos que cuentan son los precios del día de inicio y de terminación del préstamo.

Si el mutuo es sobre títulos de renta fija, el prestamista probablemente lo que busca es un financiamiento a través de la utilización del título que recibe (e.g. mediante el reporto del título, su entrega en garantía de un préstamo). Por lo tanto, el premio que paga al prestamista o mutuante, será un costo adicional de ese financiamiento.

### **3. Diferenciación entre el mutuo y otros contratos**

No se trata de un *arrendamiento*, visto que la obligación del prestatario no es la de entregar la misma cosa recibida (CCV art. 1579), sino otra de la misma especie y calidad. No es un contrato de *usufructo*, pues en el mutuo, a diferencia del usufructo, hay transmisión de la propiedad (CCV art. 1735). Tampoco es un *depósito*, pues el depósito supone la entrega de una cosa específica para su guarda y custodia hasta su restitución, la cual permanece en el patrimonio del depositante (CCV art. 1749).

El mutuo de títulos valores se distingue además del *comodato*, ya que el préstamo no es gratuito sino remunerado, ni el prestatario está obligado a devolver la misma cosa (CCV art. 1724). En el mutuo la restitución ocurre por *tantundem*, mientras que en el comodato, o préstamo de uso, la restitución es *in individuo*. Lo determinante en el mutuo es la fungibilidad de las cosas que se dan en préstamo, mientras que en el comodato es determinante la inconsumibilidad de las cosas, no necesariamente su infungibilidad. Nada impide sin embargo a que el mutuario restituya las mismas cosas recibidas, si éstas existen en su patrimonio al vencimiento del préstamo, por no haberlas consumido. También es posible que sea objeto de un préstamo de uso una cosa consumible, siempre que el comodatario se obligue a restituirlas individualmente.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Lo que sí es cierto es que las cosas fungibles y consumibles al mismo tiempo, no pueden ser objeto de un comodato sino de un mutuo; mientras que las cosas no consumibles y no fungibles no pueden ser objeto de un mutuo sino de un comodato. La fungibilidad – y no tanto la consumibilidad – es, esencialmente, un concepto relativo que depende de la voluntad de las partes.

Por último, el préstamo de valores tampoco puede ser calificado como un *reporto*, ya que el mutuo, a diferencia del *reporto*, no supone la venta de un título por una suma de dinero convenida (Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras [LGB] art. 31, Ley de Mercado de Capitales [LMC] art. 79.4).<sup>7</sup> Cuando el prestamista entrega el título bajo un contrato de préstamo o mutuo de valores, recibe del prestatario una promesa de reembolso del título y el pago de un premio o contraprestación, que se fija como una cantidad fija o como una cantidad relativa establecida conforme a los valores prestados. En el *reporto*, el reportado entrega el título y recibe del reportador o reportante el valor del título en efectivo. El reportado debe recomprar el título pagando el valor recibido más una prima que se establece como un interés. El *reporto* se trata de un contrato de compraventa con la simultánea obligación de revender o acompañado de una promesa de venta o, simplemente, de una doble compraventa separada en el tiempo, pero ligada por el mismo contrato.<sup>8</sup> No es una combinación de dos contratos, sino un contrato único y autónomo que supone prestaciones recíprocas. Por lo general, el *reporto* utilizado por las instituciones financieras para la captación o colocación de fondos. En el primer caso, el banco actúa como reportado –vende el título para recomprar–, y en el segundo, como reportador o reportante –compra el título para revender.<sup>9</sup>

---

7 Dada la limitación del uso de este contrato contenida en la Ley General de Bancos (LGB arts. 1 y 31), las operaciones de *reporto* sólo pueden ser realizadas por los bancos e instituciones financieras regidas por la Ley General de Bancos (LGB art. 30), o por casas de bolsa y sociedades de corretaje regidas por la Ley de Mercado de Capitales (LMC art. 79). Basta con que una de las partes del *reporto* sea institución financiera o sociedad de corretaje, no ambas.

8 S. Rodríguez, *Contratos Bancarios*, p. 475, Bogotá, 1985.

9 El *reporto* sirve también como mecanismo para captar títulos valores, con fines especulativos o no. Mediante el *reporto* se pueden adquirir títulos valores para cualquier finalidad, e.g. realizar operaciones en corto, celebrar reportos o mutuos (como reportado o como prestamista), ejercer derechos accesorios a los títulos (voto en asamblea), etc.



#### **4. Obligaciones del prestatario bajo el contrato de mutuo**

##### **a. Devolución de las cosas prestadas o su valor**

La obligación del prestatario consiste en la restitución de cosas de la misma calidad y en la misma cantidad de las que recibió en el término convenido, y a falta de esto, está obligado a pagar su valor en el tiempo y en el lugar en que según el contrato deba hacerse la restitución (CCV art. 1744). El prestatario debe restituir títulos similares o el valor de los títulos recibidos, de acuerdo al precio de mercado en la fecha de vencimiento (*datio in solutum*). Las partes también pueden fijar anticipadamente un valor con el cual el prestatario puede liberarse.<sup>10</sup>

---

10 Aunque la normativa sobre el contrato de mutuo no contempla el cumplimiento alternativo, opinamos que dicho convenio sería posible bajo el principio de autonomía de la voluntad (CCV art. 1159). El pago alternativo representaría la posibilidad de que las partes califiquen fungible una cosa que en principio no lo es. Así pues, prestamista y prestatario pueden convenir en que el prestatario se libere de su deuda entregando una cosa distinta desde el punto de vista objetivo a la entregada en préstamo, no necesariamente su valor en dinero. Si el convenio se hace al momento de suscribirse el contrato de préstamo, entonces la obligación del deudor sería alternativa. Si no se establece otra cosa, la elección corresponde al deudor (CCV art. 1217). Lo que no puede hacer el prestatario es obligar al prestamista recibir una cosa distinta de la que se debe, aun si el valor de la cosa recibida es igual o superior (CCV art. 1290). La finalidad del pago alternativo puede ser la de introducir un elemento de certeza al contrato; en efecto, el mutuario podría optar por efectuar el pago alternativo antes de tener que determinar el valor de la cosa prestada en la fecha de pago, además que establece un límite a la cuantía de la deuda del mutuario (*stop loss*).

Si el acuerdo entre prestatario y prestamista es el de pagar únicamente una suma de dinero preestablecida o de entregar una cosa determinada distinta de la recibida en mutuo, entonces el contrato no será de mutuo, sino de venta o permuta con pago diferido. En nuestra opinión, el contrato no cambia de naturaleza si el pago alternativo se establece como una opción para el prestatario, pues introducir en el contrato una prestación alternativa no implica que éste cambie de naturaleza o se haga innominado. El contrato sigue siendo de mutuo, pues no ha variado su causa. El pago alternativo constituye una prestación que es accesorio, no principal, en el contrato. La prestación contractual que se añade queda absorbida por el contrato, el elemento que se agrega no ejerce ninguna función modificadora, por lo que el tipo contractual queda fundamentalmente inmutado (F. Messineo, *Doctrina General del Contrato*, Vol. I, p. 390, Buenos Aires, 1955; en el mismo sentido, J. B. Jordano, *Los Contratos Atípicos*, en Rev. Gral. Leg. Jurisp., pp. 3 y ss., Madrid, 1953). El pago alternativo en el préstamo de títulos valores está expresamente

El prestatario debe una cantidad igual a la recibida y de la misma especie, aunque sufra alteración en su precio.<sup>11</sup> El prestatario es deudor de una cosa o de su valor para el momento de la restitución. El Código Civil no exige la imposibilidad de cumplir en especie para poder cumplir pagando el valor de las cosas al momento de la restitución. Parece más bien que el prestatario tiene la opción, a su beneficio, de pagar entregando el valor de lo prestado y no lo prestado mismo.<sup>12</sup>

---

contemplado en otras legislaciones. Así por ejemplo, la ley que regula el mercado de capitales en Méjico dispone lo siguiente: "En los préstamos de valores que se celebren con la intervención de casas de bolsa, se transferirá la propiedad al deudor, quien quedará obligado a restituir otros tantos títulos del mismo emisor, valor nominal, especie y clase, *o el equivalente que sea expresamente pactado*". (cursivas nuestras) (Ley del Mercado de Valores de Méjico art. 98).

- 11 Ver J. Castán Tobeñas, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. IV, p. 412, Madrid, 1961; J.L. Aguilar Gorrondona, *Contratos y Garantías*, p. 508, Caracas, 1987. De manera que el *riesgo de precio* del subyacente en un mutuo de títulos valores lo tiene el prestamista y no el prestatario. Si el prestatario a su vez se desprende del título, entonces también correrá el riesgo de precio; salvo que se haya desprendido del título porque lo entregó en préstamo a un tercero o lo reportó. Este riesgo –la cuantía máxima de la pérdida– también puede determinarse si el prestatario tiene la opción de pagar en efectivo una cantidad fija (ver *post* sección II.4.a).
- 12 En efecto, de acuerdo con el artículo 1744 del CCV: "El mutuario está obligado a restituir las cosas de la misma calidad y en la misma cantidad de las que recibió, y en el término convenido, y a falta de esto, está obligado a pagar su valor en el tiempo y en el lugar en que según el contrato debía hacer la restitución". No creemos que la frase "a falta de esto" se deba interpretar como que lo que falte es la cosa que deba restituirse, pues si esta perece – falta absoluta –, la obligación del prestatario se extingue, sujeto a que la pérdida no le sea imputable (CCV art. 1344). Esto, a pesar de que el mutuario, como propietario, corre con los riesgos de la cosa (*res perit domino*) (CCV art. 1736). La disposición del art. 1736 del CCV debe ser interpretada en el sentido de que el mutuario corre el riesgo de pérdida si se trata de cosas genéricas que tiene en su poder, pues la obligación del mutuario es la de entregar una cosa similar a la recibida o "su valor" al vencimiento. Si la cosa no existe al vencer el préstamo, su valor será cero, y por tanto el deudor quedará liberado. Si el mutuo tiene por objeto una cosa genérica que perece en manos del mutuario, éste deberá restituir otra igual, pues el género nunca se extingue (*genus nunquam perit*), pero no si se trata de cosas de género limitado o cosas no genéricas pero fungibles que perecen – el objeto del mutuo son cosas fungibles y no necesariamente genéricas. Ahora bien, si lo prestado son monedas de oro o plata y éstas no están disponibles al vencimiento del préstamo, el mutuario estará obligado a entregar el valor que tenían las monedas al momento en que se efectuó el préstamo (CCV art. 1738). En todos los demás casos, el momento en que se debe determinar

## b. Pago de la prima o interés por el préstamo

Además de la restitución de títulos similares a los recibidos, el prestatario deberá pagar al prestamista la prima convenida. Este pago debe efectuarse en la fecha convenida en el contrato, o al momento de la restitución, si no se ha convenido otra cosa. En el préstamo de títulos valores, la prima se puede fijar como una cantidad fija o como una cantidad relativa determinada de acuerdo con el valor de los títulos prestados, pudiéndose considerar los frutos que generaron dichos títulos.

---

el valor de la cosa prestada a efectos del pago equivalente es al vencimiento y no al inicio del préstamo. Lo dispuesto en el art. 1738 del CCV es una excepción a la regla del art. 1744 del CCV, por lo que no podrá aplicarse analógicamente a otros casos. No obstante, si el mutuario dispuso de las cosas prestadas y éstas posteriormente perecen sin su culpa, somos de la opinión de que se deberá restituir el precio o valor de realización, pues éste será el valor de la cosa recibida en préstamo, por lo menos desde el punto de vista del mutuario. En definitiva, el único caso en que el mutuario se libera de su obligación será cuando el objeto del préstamo son cosas fungibles no genéricas y éstas perecen en su poder y sin su culpa, en los demás casos deberá entregar otras similares o su valor y, si dispuso de las cosas prestadas y éstas o unas similares no están disponibles al vencer el préstamo, deberá restituir su precio. De lo contrario, el mutuario se beneficiaría de un enriquecimiento sin causa.

Por otra parte, no existiría inconveniente a que en el contrato se pacte expresamente la posibilidad para el deudor de liberarse pagando el valor de las cosas recibidas en mutuo. Si, en cambio, el contrato fija anticipadamente el valor por el cual el prestatario se puede liberar y excluye la posibilidad de pago con cosas similares a las prestadas, el contrato deja de ser de mutuo y pasa a ser una venta con pago diferido. Para que el contrato sea un mutuo, el valor por el cual se libera el prestatario debe ser el valor de mercado de las cosas al vencimiento, el cual no se conoce al momento en que el contrato se perfecciona. Un mutuo en el que se pacte que el prestatario pueda liberarse pagando el valor que tengan las cosas prestadas al momento que deba efectuarse la restitución no es una venta con pago diferido, pues faltaría uno de los elementos esenciales para que se perfeccione la venta: la determinación del precio. Además, en el mutuo normalmente se remunera al prestamista hasta que se hace la restitución.

En otras legislaciones, se establece que el prestatario tiene que pagar el valor solamente si se encuentra en la imposibilidad de devolver las cosas prestadas. La doctrina clásica está de acuerdo en que esta imposibilidad no debe ser absoluta e incluso, a pesar de la letra de esta disposición en esas legislaciones, se señala que el tomador puede liberarse entregando el valor de las cosas cuando “por cualquier causa” no devuelve las cosas en el plazo convenido (comentarios al art. 1903 del Código Napoleón, F. Laurent, *Principios de Derecho Civil*, pp. 535 y ss., Vol. 26, Puebla, 1912).

Esta prima o contraprestación tiene por objeto compensar al prestamista por el aplazamiento de la facultad de disposición de los títulos durante el plazo del préstamo.<sup>13</sup>

### c. Restitución de los frutos

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 552 del Código Civil, los frutos civiles (e.g. intereses sobre capital) que se reputan adquiridos día a día, pertenecen al propietario de la cosa que los produce.

El prestamista, que es el propietario de los títulos valores objeto del mutuo, también se hace acreedor de intereses, dividendos y cualesquiera otros beneficios que se deriven del título valor adquirido. Pero, como la obligación del prestatario es la de devolver una cantidad equivalente a la recibida, dicha equivalencia no sería completa si no incluye los frutos producidos por la cosa dada en préstamo. De hecho, los pagos realizados por el emisor del título, tales como pagos de intereses, amortizaciones de capital y dividendos, son, por su esencia económica, devoluciones de capital que se hacen al inversionista. La obligación del prestatario es la de restituir cosas equivalentes o de la misma “especie y calidad” que las recibidas (i.e. mismo valor), por lo que no habrá tal equivalencia a menos que se restituyan los frutos conjuntamente con la cosa recibida. La idea es que la situación patrimonial del prestamista al final del contrato sea la misma que al inicio, tal como si no hubiera ocurrido la transferencia de titularidad. Así pues, el prestatario deberá reembolsar al prestamista los dividendos así como cualquier otro pago efectuado por el emisor del título durante el plazo del préstamo. La normativa sobre el contrato de mutuo no dispone nada respecto de los

---

13 El art. 1745 del CCV autoriza la estipulación de intereses “por el préstamo de dinero, frutos u *otras cosas muebles*.” (cursivas nuestras). El interés se ha definido como la prestación accesoria de pagar una cantidad en general de manera reiterada, que corresponde a quien disfruta de un capital ajeno en proporción a su cuantía, sin alterar la cuantía de la obligación principal (Definición de F. Ferrara, *Il Fallimento*, Milan, 1966, cita tomada de J. Rodner, *El Dinero, La Inflación y las Deudas de Valor*, p. 295, Caracas, 1995). La estipulación de intereses en el préstamo de cosas entonces se fijaría en base a una tasa porcentual que se aplica sobre un monto de dinero determinado por el valor de la cosa al inicio del préstamo y se devenga por el transcurso del tiempo. En ese caso, serían aplicables al mutuo las disposiciones legales sobre fijación de intereses.

frutos, pues aparentemente el legislador asumió que el mutuo tenía por objeto cosas que eran consumidas por el prestatario.<sup>14</sup>

Lo mismo ocurre en el contrato de reporto. Quien recibe los títulos en propiedad bajo reporto es dueño también de los intereses, dividendos y demás frutos del título devengados durante el plazo del reporto, pero para que la reventa al reportado sea equivalente a la efectuada al reportador, debe incluir el reembolso de lo producido por el título durante el plazo del reporto.<sup>15</sup>

En nuestra opinión, no es necesario que en el contrato se pacte expresamente la restitución de los frutos devengados o pagados durante la vigencia del préstamo. La devolución al mutuante de los pagos efectuados por el emisor, forma parte de la obligación de restitución a cargo del mutuario.

#### **d. Frutos devengados antes y después de la fecha valor del contrato**

No serían objeto del contrato aquellos frutos generados por el título antes de su celebración. Sería el caso por ejemplo de intereses devengados (en el caso de títulos de renta fija) o dividendos decretados (en el caso de acciones) antes de la fecha de celebración del contrato y no pagados por el emisor. Estarían devengados los *intereses* correspondientes al

---

14 Los títulos valores no son bienes consumibles, en el sentido que su uso implique su destrucción o pérdida, o que presten su utilidad privándose de ellas sin ser consumidas *in rerum natura*, como por ejemplo el dinero (G. Kummerov, *op. cit.*, p. 48). El dinero, a diferencia de los títulos valores, es un bien consumible, dado su valor de cambio (ver C. Vivante, *Tratado de Derecho Mercantil*, p. 144, Vol. III, Madrid, 1936). Respecto del dinero no se concibe un uso que no implique su gasto o disponibilidad. Las NAICB, a diferencia del Código Civil, establece a cargo del mutuario la obligación de restituir los frutos o derechos patrimoniales del título valor prestado (NAICB art. 63).

15 El reembolso de los frutos y derechos accesorios al reportado puede ser visto también como una venta con reserva – implícita - de usufructo a favor del reportado. Es decir, se traspa la propiedad de los títulos al reportador en la venta al contado (inicio del reporto), y el reportado se reserva el usufructo, el cual sería ejercido por el reportador por cuenta del reportado durante la vida del contrato (ver F. Messineo, *Operaciones de Bolsa y de Banca*, p. 148, Barcelona, 1957). No obstante, en el reporto, a diferencia del mutuo de títulos valores, se fija un precio de rescate anticipadamente, dentro del cual los contratantes consideran de forma implícita el valor de los frutos.

período que va desde la fecha del último pago de intereses, o desde la fecha de emisión del título si no ha habido pago de intereses, hasta la fecha valor del contrato. Esto, porque los intereses se reputan devengados día a día (CCV art. 552). En cuanto a los *dividendos*, corresponden al prestamista y por lo tanto no forman parte del préstamo, aquellos que se hayan decretado antes de celebrarse el préstamo, siempre que la fecha valor del préstamo sea anterior a la fijada por la compañía emisora como la fecha de registro en base a la cual se haya definido la correspondencia del beneficio.<sup>16</sup>

Si los frutos son devengados después de la fecha de celebración del contrato, los mismos pertenecen al prestatario, en virtud de los artículos 1736 y 552 del Código Civil, pero deberán ser reembolsados al prestamista como parte de la obligación de restitución.

---

16 Las sociedades al decretar un dividendo normalmente establecen la fecha de su pago y la fecha que será tomada como fecha de registro de los accionistas a quienes corresponderá el dividendo. Cuando se trata de acciones que cotizan en Bolsa, corresponden al vendedor los dividendos decretados y exigibles a la fecha del traspaso, salvo convención en contrario. De acuerdo con el artículo 84 del Reglamento Interno de la Bolsa de Valores de Caracas: "...los dividendos ordinarios o extraordinarios (en dinero, en acciones o en toda otra especie) y cualesquiera otros derechos derivados de los títulos valores objeto de la operación (derecho de amortización, reintegro de capital, derechos de suscripción, etc.), que ya estuvieren decretados o existan para la fecha de registro de la operación y que además puedan hacerse efectivos o ejercerse para esa misma fecha, corresponden al vendedor, salvo que la negociación se haya estipulado "con dividendos" o "con derechos", según el caso (pues en ésta última hipótesis los dividendos y otros derechos corresponden al comprador). No se consideran existentes ni ejercitables para la fecha de registro de la operación, los dividendos y otros derechos ya decretados o acordados por el ente emisor, pero cuya tramitación ante la Comisión Nacional de Valores u otros organismos públicos competentes no haya concluido aún para el momento de la celebración de la correspondiente operación bursátil...". El Código de Comercio no establece una solución para el caso en que la asamblea o los administradores de una sociedad no inscrita en Bolsa no fijan una fecha efectiva para la determinación de los accionistas beneficiarios del dividendo. La opinión mayoritaria es que el dividendo corresponde al accionista inscrito al momento del decreto de dividendos. (ver R. Goldschmidt, *Curso de Derecho Mercantil*, p. 329, Caracas, 1985).

Si no se ha acordado otra cosa y durante la vida del mutuo el emisor del título prestado efectúa algún pago, el prestatario debe reembolsar al prestamista la porción de esos frutos que le correspondan, independientemente de si el prestatario conserva los títulos o dispuso de ellos. Así, el prestatario deberá reembolsar los intereses correspondientes al plazo que va desde la emisión o último pago de intereses hasta la fecha valor del mutuo y, si se trata de dividendos que correspondan al prestamista de acuerdo a las reglas indicadas, deberá reembolsar éstos en su totalidad. En principio, tales reembolsos deben ser efectuados de inmediato (independientemente que el prestatario conserve los títulos o dispuso de ellos), mientras que al vencimiento del préstamo se reembolsan únicamente títulos similares a los prestados y los pagos hechos por el emisor que correspondan a frutos devengados durante el préstamo, los cuales constituyen el objeto del contrato. No obstante, el prestamista y el prestatario también pueden convenir en que tales reembolsos se hagan al final del préstamo, es decir, en la fecha acordada para la restitución de los títulos valores.

#### **e. Accesorios del título valor**

Serían accesorios del título aquellos derechos adicionales otorgados por el emisor, tales como opciones de conversión, opciones de compra o suscripción de otros títulos (*warrants*), opciones de venta, así como otros derechos a recibir ciertos pagos del emisor que sean susceptibles o no de negociación independiente.<sup>17</sup> Todos los accesorios que el prestatario haya recibido del prestamista al inicio, deben ser devueltos al vencimiento del mutuo, y si éstos no existen, entonces el prestatario deberá pagar su valor.

Como el prestatario se hace propietario de las cosas dadas en mutuo, entonces podrá ejercer los derechos económicos que le son conferidos por el título durante la vigencia del mutuo. Los derechos accesorios, como los frutos, corresponden al propietario. El ejercicio de tales derechos puede hacer desaparecer los accesorios, o también éstos pueden

---

17 Salvo que los términos y condiciones de la emisión lo prohíban expresamente, las opciones de compra o suscripción (*warrants*), pueden ser negociadas independientemente del título valor.

desaparecer por el vencimiento de un plazo que ocurre durante el mutuo. El hecho de que el objeto del contrato de mutuo sea un título valor con accesorios que no existan a la fecha de vencimiento, no lo desnaturaliza.<sup>18</sup> La obligación del prestatario de restitución, no puede ser el valor disminuido de los títulos por efecto del ejercicio o vencimiento de derechos accesorios. Estos derechos accesorios corresponden al mutuuario, pero éste deberá restituir o indemnizar al mutuante por el ejercicio o facultad de ejercicio de esos derechos durante la vida del préstamo, para que la restitución al prestamista sea equivalente a lo recibido. Esta circunstancia normalmente es tomada en cuenta por las partes al momento de contratar, por lo que la remuneración pactada debería incluir una indemnización por los derechos accesorios que el prestatario puede ejercer durante la vida del mutuo.

Al igual que los frutos, el prestamista puede reservarse en el contrato los derechos accesorios, en el sentido de que el prestatario debe devolverlos o pagar su valor al vencimiento, y si no lo hace, esta cláusula se tiene sobreentendida.

#### **f. Otros accesorios no valorables en dinero**

Además de los accesorios de un título valor que se materializan en pagos del emisor, constituyen también accesorios los derechos a participar en juntas de acreedores (e.g. obligacionistas en una emisión de bonos) o de socios (si se trata de acciones), y los derechos de voto. Estos derechos, al igual que los anteriores, corresponden al prestatario durante la vida del contrato. De hecho, es precisamente el ejercicio de estos derechos en

---

18 Un mutuo de títulos valores cuyos accesorios no existirán al vencimiento podría ser calificado como un mutuo respecto de los títulos, pero una venta a plazo respecto de los accesorios, ya que el prestatario siempre se liberaría con el pago de su precio o valor y no con la entrega de lo recibido.

Los accesorios, a diferencia del título, son cosas consumibles e infungibles que normalmente no son objeto de un mutuo. Sin embargo, pensamos que lo que debe ser fungible en el mutuo es la cosa que es principal y no sus accesorios (*accessorium sequitur principale*). En todo caso, como la fungibilidad depende de la voluntad de las partes (ver *supra* sección II.2.c), se puede perfectamente pactar la fungibilidad de un título valor con accesorios, por cualquier otro título con las características y accesorios que decidan los contratantes.



un momento determinado, lo que puede llevar a una persona tomar títulos valores en préstamo.<sup>19</sup>

Estos derechos no son separables del título, salvo que el prestamista se reserve el derecho a voto por convenio privado, el cual no será oponible al emisor (CCO art. 299). Dado que estos derechos no son valorables en dinero, no están sujetos a reembolso como sí lo están aquellos que se materializan en pagos del emisor. La contraprestación por el ejercicio de estos derechos estará implícita en el premio que el prestatario paga por el mutuo. No puede pretender el mutuante un reembolso o una contraprestación adicional por el ejercicio de estos derechos.

## **5. Momento de la restitución**

### **a. Plazo fijado en el contrato**

La restitución debe verificarse al vencimiento del término fijado en el contrato. No existe ninguna limitación en cuanto al plazo del préstamo. Si el préstamo es hecho por tiempo indeterminado, no puede exigirse el pago sin prevenir al deudor con treinta días de anticipación (CCO art. 528). Serían además aplicables al mutuo las limitaciones de plazos contenidas en la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, cuando el prestamista sea una institución financiera regida por dicha Ley.<sup>20</sup>

Si el mutuo es gratuito, el término es en beneficio del prestatario, de manera que éste puede restituir anticipadamente.<sup>21</sup> Si el mutuo es oneroso, el prestamista no podrá solicitar la restitución antes del término convenido (CCV art. 1741). Por otra parte, el prestatario podrá perder el

---

19 La Comisión Nacional de Valores, mediante Resolución No. 49-2001 del 23.03.01 promulgó las “Normas Sobre Procesos de Nombramiento de los Integrantes de la Junta Directiva por Accionistas Minoritarios” (G.O. No. 37165 del 23.03.02), que consagra una serie de limitaciones al derecho de voto de cierta categoría de accionistas, incluyendo a los accionistas que hayan adquirido las acciones por contratos de mutuo (“Accionista Transitorio”). En nuestra opinión, la CNV se excedió en sus facultades regulatorias al establecer limitaciones que solamente la ley podría consagrar (CCV art. 545). Estas limitaciones son, por lo tanto, ilegales.

20 e.g. los bancos comerciales no pueden otorgar préstamos por más de tres (3) años (LGB art. 40.1).

21 J. L. Aguilar Gorrondona, *op. cit.*, p. 501.

beneficio del término si se hace insolvente o si por actos propios disminuyen las seguridades otorgadas al prestamista, o si no otorga garantías prometidas (CCV art. 1215).

**b. Vencimiento o redención del título subyacente antes del término del préstamo**

Si el título que es objeto del mutuo es pagado por el emisor antes del término del contrato, entonces el prestatario estará obligado a pagar el valor del título (CCV art. 1744). El valor del título, que ya no existe, será lo pagado por el emisor al prestatario o a su titular, si el prestatario dispuso del título. En otras palabras, el prestatario estará obligado a restituir al prestamista la misma cantidad recibida del emisor. El mutuo que se refería a un título, ahora se refiere a una cantidad de dinero.<sup>22</sup>

Aplicaría aquí el principio nominalístico consagrado en el artículo 1737 del Código Civil,<sup>23</sup> por lo que el prestatario estaría obligado a restituir la misma cantidad recibida, independientemente del tiempo transcurrido entre el pago por el emisor y el vencimiento del mutuo, o del aumento o disminución del valor de la moneda. Lógicamente, si prestamista y prestatario convinieron en un mutuo por un plazo mayor al vencimiento del título subyacente, han debido acordar una indemnización o interés que compense por el uso del dinero durante el plazo que va desde el pago por el emisor hasta la fecha de terminación del préstamo. Aún si el pago anticipado es sobrevenido, por ejemplo si el emisor efectúa un rescate, el prestatario no está obligado a dar una compensación adicional al prestamista por el uso del dinero, salvo que aquel incurra en mora.

---

22 En el derecho Español, este supuesto está contemplado de manera expresa en los siguientes términos: “En los préstamos de títulos o valores pagará el deudor devolviendo otros tantos de la misma clase e idénticas condiciones, *o sus equivalentes si aquellos se hubiesen extinguido*, salvo pacto en contrario” (cursivas nuestras) (Código de Comercio Español, art. 312 párrafo 2). Esta modalidad del contrato de mutuo, utilizada en Italia durante la edad media, se denomina “mohatra” (ver F. Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, cit., vol. VI, p. 119).

23 De acuerdo con esta disposición, “la obligación que resulta del préstamo de una cantidad de dinero, es siempre la de restituir la cantidad numéricamente expresada en el contrato. En caso de aumento o disminución en el valor de la moneda, antes de que esté vencido el término de pago, es deudor debe devolver la cantidad dada en préstamo y no está obligado a devolverla sino en las monedas que tengan curso legal al tiempo del pago”.

Como el prestatario es propietario del título durante el mutuo, dicho pago será en su beneficio.

### III. **NORMATIVA BANCARIA**

#### **1. *Facultad de los bancos e instituciones financieras para celebrar préstamos de valores***

No hay duda que el préstamo y captación de títulos valores es una operación compatible con la naturaleza de un banco de inversión y de un banco universal, toda vez que constituye una modalidad de financiamiento de operaciones bursátiles (LGB arts. 55 y 95). Se trata de una actividad típicamente bursátil mediante la cual el banco adquiere para sí, o transfiere a un cliente, títulos valores.<sup>24</sup> El mutuo de valores, al igual que el reporto (LGB art. 31), puede ser utilizado por los bancos para financiar la actividad especulativa con títulos valores.<sup>25</sup>

No obstante que la actividad se ajusta más a la de un banco de inversión, no vemos ningún impedimento a que otras instituciones

---

24 Esta operación además está permitida de forma expresa para las casas de bolsa y sociedades de corretaje de conformidad con las NAICB. Las actividades de los bancos de inversión y de las sociedades de corretaje coinciden en gran medida. En efecto, ambas entidades participan en financiamientos a través de la colocación de capitales en el mercado de valores, comercializan e intermedian valores, asesoran en el financiamiento de proyectos, intervienen en procesos de fusión y adquisición de sociedades, venden productos de cobertura de riesgo y productos derivados, etc.

Por su parte, los bancos universales están autorizados para realizar todas las operaciones permitidas a los bancos e instituciones financieras especializadas (LGB art. 95).

25 El reporto supone un préstamo de títulos, además de un préstamo de dinero. El motivo de la operación de reporto es o una necesidad de dinero por parte de quien posee los títulos o una necesidad de títulos por parte de quien posee el dinero (ver en este sentido, R. Gamus Gallego y R. Martín Guedez, *El Reporto en la Legislación Bancaria de Venezuela*, pp. 45 y ss., Caracas, 1979).

Quien recibe los títulos en reporto, puede especular a la baja, pues el reporto le permite vender los títulos y recomprarlos antes del vencimiento del reporto. Por su parte, el que entrega los títulos jugará al alza, pues entrega unos títulos que espera recomprar en una fecha futura a un precio predeterminado. Del mismo modo, el que toma títulos valores en mutuo juega a la baja y quien los presta juega a su alza.

financieras utilicen el préstamo de valores como un mecanismo de captación o inversión. El principio general bajo la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, es que los bancos y demás instituciones financieras pueden realizar todas aquellas operaciones compatibles con su naturaleza y objeto social. Las operaciones que no pueden realizar los bancos son aquellas que están prohibidas por Ley de forma expresa, pues respecto de los bancos rige el principio de la capacidad de derecho privado, conforme al cual puede realizarse todo aquello que no esté expresamente prohibido por la ley.<sup>26</sup> Así, la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, autoriza a los bancos a realizar “actividades conexas con las bancarias y crediticias” (LGB art. 30), incluyendo operaciones de reporto (LGB art. 31).

A diferencia de las casas de bolsa y sociedades de corretaje,<sup>27</sup> el préstamo valores celebrado por un banco o institución financiera, puede tener por objeto cualquier título valor que califique o sea considerado como “fungible” por las partes.

## **2. Encaje legal y contribuciones a Fogade**

### **a. Encaje legal y política monetaria del Banco Central de Venezuela**

El monto de encaje legal que deben mantener los bancos depositados en Banco Central de Venezuela se calcula en base al monto de los depósitos, captaciones, obligaciones y demás operaciones pasivas que supongan una captación de fondos.

De acuerdo con la normativa sobre encaje, los bancos deben mantener un encaje mínimo, depositado en su totalidad con el Banco

---

26 La vigencia de este principio era discutible bajo la vigencia de la LGB anterior. La LGB derogada en 1993, consagraba una lista taxativa de operaciones activas y pasivas, y además establecía que los bancos e instituciones financieras podían realizar otras operaciones compatibles con su naturaleza “con las limitaciones que establezca el Ejecutivo Nacional, oída la opinión favorable del Banco Central de Venezuela” (LGB de 1988 art. 30 ord. 20). Había la duda entonces acerca de si era necesario que el Ejecutivo Nacional autorizare otras actividades no expresamente permitidas en la LGB. Este sistema fue abandonado por la LGB vigente, la cual establece únicamente una lista taxativa de prohibiciones para cada tipo de institución financiera.

27 Ver *post* sección IV.3.

Central de Venezuela, equivalente a un porcentaje del monto de sus depósitos, captaciones, obligaciones y operaciones pasivas (Normas que Rigen la Constitución de Encaje por parte de las Instituciones Financieras [NEIF] arts. 1 y 2).<sup>28</sup> Aunque las normas sobre encaje hacen una referencia genérica a las “operaciones pasivas” de las instituciones financieras, opinamos que dicha expresión debe entenderse como operaciones pasivas que supongan una captación de dinero. En efecto, la fijación de encaje es una función de política monetaria del Banco Central de Venezuela (Ley del Banco Central de Venezuela [LBCV] art. 51). Si para el cálculo del encaje el Banco Central de Venezuela toma en cuenta pasivos que no suponen captación de moneda, estaría extralimitándose su función de política monetaria. La captación de títulos valores no tiene un efecto replicativo como sí lo tiene la captación de dinero, por tanto, no puede formar parte de la “política monetaria” del BCV una medida que no tiene efecto monetario alguno.<sup>29</sup> Además no tendría sentido el que la institución financiera efectuara un encaje con dinero que no tiene.

#### **b. Contribuciones a Fogade**

De acuerdo con el artículo 223 de la Ley General de Bancos, los aportes mensuales que deben efectuar los bancos e instituciones

---

28 Resolución 99.08.03 del 31.08.99 del Banco Central de Venezuela – G.O. No. 36778 de fecha 02.09.99.

29 El efecto expansivo de la oferta monetaria del mutuo o préstamo de dinero en el lado activo de la banca combinado con el préstamo o mutuo de dinero en el lado pasivo (captación de dinero), consiste en la duplicación instantánea de la cantidad de dinero depositada en la institución financiera al permitir disponer de ese dinero al depositante, para adquirir bienes y pagar por servicios en el mercado, y simultáneamente también permitirle disponer de esa misma cantidad de dinero al prestatario o tomador de fondos, para que realice actividades similares duplicando por lo tanto el número de transacciones en el mercado de bienes y servicios, afectando expansivamente al M2 al duplicar la cantidad de depósitos de dinero y por ende la economía. Toda vez que una porción de los depósitos de dinero en la banca es inmovilizada en el Banco Central de Venezuela, en forma de encajes, la cantidad de dinero remanente que puede circular con efecto expansivo se reduce paulatinamente hasta un número finito de veces, sin que aumente excesivamente la velocidad del dinero.

Los mutuos de títulos valores pasivos para la banca, que son captaciones, no permiten al mutuante o prestamista o “depositante” de los títulos valores en la banca, ni la disponibilidad ni la disposición de dinero para ser utilizado en transacciones de adquisición de bienes y servicios en el mercado, ni para ser depositados en otros

financieras al Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria serán equivalentes a un cuarto de un uno por ciento (.25%) del total de los depósitos del público que los bancos e instituciones financieras tengan al final de cada semestre. El préstamo de valores, aunque constituye un contrato de mutuo al igual que el depósito bancario, no es un depósito bancario propiamente dicho. Por lo tanto, no se deben tomar en cuenta los préstamos de valores pasivos para el banco a los efectos de calcular las contribuciones a Fogade.

Los préstamos de títulos valores en los cuales una institución financiera figure como prestataria, no están amparados por la garantía a los depósitos que otorga Fogade, de acuerdo con la Ley General Bancos y Otras Instituciones Financieras y la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera (“LREF”).

Solamente están amparados por la garantía de Fogade, los depósitos del público en “moneda nacional” que adopten la forma de depósitos a la vista, de ahorro, a plazo fijo, certificados de ahorro, certificados de depósito a plazo y bonos quirografarios, todos ellos nominativos, así como las inversiones nominativas en los fondos del mercado monetario, los títulos de capitalización, y aquellos otros instrumentos financieros nominativos de naturaleza similar, de acuerdo con determinación hecha por la Junta Directiva de Fogade previa opinión favorable del Banco Central de Venezuela (LGB art. 227 - Parágrafo Primero). En el mismo sentido, la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera, todavía vigente,

---

institutos, como sí ocurre con los mutuos o “depósitos” de dinero en la banca (el depósito de dinero en la banca es un mutuo de dinero, no un depósito propiamente). El dinero fue disponible para el emisor del título valor pero no lo es para el tenedor del título valor a menos que este lo venda. De este venderlo el dinero dejará de ser disponible para el comprador del título valor. De igual manera, si el banco presta u otorga en mutuo un título valor a un cliente prestatario, no está disponible para el cliente prestatario cantidad de dinero alguna que pueda ser utilizada en el mercado de bienes y servicios o que pueda ser depositada en otro banco con su respectivo efecto expansivo monetario, salvo que el cliente prestatario venda los títulos valores en el mercado y se haga de dinero. Sin embargo, el comprador de los títulos valores vendidos por el cliente prestatario inmoviliza su dinero que ahora esta representado por un título valor, no estando más disponible para el comprador, ni para ser utilizado en el mercado de bienes y servicios, ni para ser depositado en otro banco, cortando e impidiendo de esta manera el ciclo expansivo de la oferta monetaria.

dispone que están cubiertos por la garantía los depósitos en moneda nacional, hasta la cantidad de Bs. 4 millones por depositante, cualquiera que sea el monto, título y número de depósitos (LREF art. 21). Es decir, la Ley de Emergencia Financiera, además de ampliar la cobertura de la garantía, extiende la misma a depósitos no nominativos.<sup>30</sup> Sin embargo, se mantiene la limitación a que la captación debe ser en moneda nacional.

Si una institución financiera ofrece a sus clientes el mutuo de títulos valores como una alternativa de inversión, deberá advertir que el pasivo del banco no está cubierto por la garantía Fogade. Por mandato de la Ley General de Bancos, los bancos e instituciones financieras deben mencionar en su publicidad los depósitos que gozan de la garantía del Fondo (LGB art. 249), e informar a sus clientes sobre las características de los instrumentos de captación (LGB art. 272). Además, la Ley General de Bancos contempla el delito de “oferta engañosa de instrumentos de captación”, en que pueden incurrir funcionarios bancarios ofrezcan al público instrumentos con características distintas a las atribuidas en la oferta (LGB art. 295).

### **3. Límites de crédito o endeudamiento e índices de solvencia (Basilea)**

#### **a. Límite del prestatario**

El crédito –cuenta por cobrar- derivado de un préstamo de valores otorgado por un banco, constituye un crédito a los efectos de la Ley General de Bancos, y debe ser considerado a los efectos de calcular el límite de crédito o endeudamiento (*legal lending limit*) del prestatario.

El Artículo 120 de la Ley General de Bancos establece una serie de limitaciones a los créditos que pueden ser otorgados por los bancos e instituciones financieras. En este sentido, las instituciones financieras no pueden otorgar créditos a una sola persona natural o jurídica, por

---

30 Son nominativos, o no a la orden (CCO art. 150), aquellos que no pueden ser transferidos sino mediante una cesión de créditos (e.g. cheques o giros no endosables, letras de cambio o giros no endosables, certificados de depósito no negociables). Son títulos a la orden aquellos en los que se señala el nombre del titular originario quien puede transferirlos por endoso; y son títulos al portador aquellos que no identifican el titular y se transmiten con la simple entrega del título.

cantidades que excedan en su totalidad del 10% del capital pagado y reservas del banco (LGB art. 120 ord. 5). La definición de “crédito” a los efectos de tales prohibiciones incluye, además de préstamos, los descuentos, anticipos, garantías y cualquier otra modalidad de financiamiento u operación activa realizada por los bancos e instituciones financieras (LGB art. 121). Cuando una institución financiera otorga en préstamo títulos valores, registra crédito frente al prestatario cuya cuantía, a los efectos del artículo 120 de la Ley General de Bancos, está determinada por el valor de mercado del título valor más los intereses y demás pagos hechos o devengados por el título valor durante la vida del préstamo.<sup>31</sup>

#### **b. Límite del emisor**

El monto de los títulos recibidos en préstamo o mutuo por una institución financiera debe ser considerado a los efectos de calcular el límite de endeudamiento del emisor, se trate de títulos de renta fija o variable. El banco al recibir el título en propiedad, adquiere un crédito contra el emisor del título a los fines del artículo 120 Ley General de Bancos.

Sin embargo, la exposición al riesgo de crédito del emisor no se ve afectada por los títulos recibidos en mutuo. En efecto, si hay incumplimiento por parte del emisor, o el precio del título se deteriora,

---

31 La cuantía del crédito que registra el prestamista se determina por el valor de mercado de los títulos valores, sea que se trate de títulos valores “para negociar” (i.e. instrumentos de inversión negociables, convertibles en efectivo en el corto plazo (30 días) y que tienen un mercado activo tal como las bolsas de valores, en el cual puede obtenerse un valor de mercado o algún indicador que permita calcular ese valor) o títulos valores “disponibles para la venta” (i.e. títulos de deuda y de capital que no tienen un mercado habitual de transacción o que teniéndolo son de baja bursatilidad, es decir, las pocas transacciones que se efectúan en la bolsa no son representativas de su valor, y también aquellas inversiones en acciones de otras entidades cuyo monto no es significativo para ejercer influencia en la administración de la misma) (*Manual de Contabilidad Para Bancos, Otras Instituciones Financieras y Entidades de Ahorro y Préstamo*, Capítulo II, Código 120, Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, Circular No. 4433 de fecha 26.05.99). En nuestra opinión, no pueden ser objeto de mutuo, títulos valores que califiquen como “mantenidos hasta el vencimiento” o de “disponibilidad restringida”. En los demás casos, siempre que se trate de valores fungibles (e.g. títulos emitidos por instituciones financieras que no hayan sido objeto de oferta pública), el crédito deberá registrarse a valor nominal.



el banco no incurriría en pérdida alguna ya que su obligación bajo el mutuo es la de entregar el título al prestamista - normalmente antes del vencimiento. Aunque el artículo 120 de la Ley General de Bancos no hace ninguna salvedad, estimamos que debe deducirse del límite de endeudamiento del emisor aquellos pasivos de la institución financiera representados en títulos valores del mismo emisor. Así, del lado activo se toma en cuenta el monto del título valor tomado en préstamo para calcular el límite de endeudamiento del emisor y, a la vez, se toma una deducción por el monto de los títulos valores del mismo emisor que son adeudados por la institución bajo contratos de mutuo. Esta posición neta sería, en realidad, la exposición al riesgo de crédito de ese emisor.<sup>32</sup>

Si el banco entrega un título valor en mutuo, el valor de mercado o la cuantía del título deja de ser considerada a efectos del límite de endeudamiento del emisor durante la vida del préstamo. Se debe considerar el monto del título o su valor de mercado a los efectos de calcular el límite de endeudamiento del prestatario.<sup>33</sup>

### **c. Criterios de ponderación**

A los efectos de calcular los índices patrimoniales que debe mantener la institución financiera, se deben valorar los activos representados en títulos valores o préstamos en títulos valores, de acuerdo a los porcentajes de ponderación que de tiempo en tiempo establezca la Superintendencia de Bancos (LGB art. 14).<sup>34</sup> Si el banco es prestamista o mutuante de los títulos valores, se deberá valorar el crédito derivado del préstamo de títulos valores, de acuerdo a la ponderación aplicable al deudor de los

---

32 En este sentido, el Manual de Contabilidad y Plan de Cuentas de la Comisión Nacional de Valores ("MCCNV") (Resolución de la Comisión Nacional de Valores No. 100-2000 del 03.05.00 – G.O. No. 36951 del 16.05.00), sí establece una deducción del riesgo de crédito por los pasivos financieros indexados a títulos valores (i.e. títulos valores recibidos en préstamo por la sociedad de corretaje o casa de bolsa) emitidos por el mismo emisor, siempre que en el activo de la sociedad de corretaje existan los mismos títulos que son objeto del préstamo (MCCNV, Capítulo V, Índices Patrimoniales de las Sociedades de Corretaje, p. 51).

33 Ver *supra* nota 29.

34 Los índices son el resultado de dividir el patrimonio de la institución en entre los activos y operaciones contingentes debidamente ponderadas. El índice mínimo que establece la LGB determina los niveles de capitalización y apalancamiento permitidos.

títulos valores (prestatario o mutuuario de los títulos valores). Si el banco es prestatario o mutuuario de los títulos valores, se valora el crédito derivado del título valor, de acuerdo a la ponderación que corresponda al emisor.

Las ponderaciones se fijan de acuerdo a los niveles de riesgo del activo u operación, según la contraparte o deudor. Los porcentajes de ponderación actualmente vigentes son del 0% si el deudor o emisor es la República o el Banco Central de Venezuela, 20% si es una institución financiera del país y 100% cualquier otro emisor o deudor.<sup>35</sup>

#### **4. Servicio de custodia o depósito de valores – custodia vs. mutuo**

El servicio de custodia de valores que prestan ciertas instituciones financieras no puede hacerse a través de la figura del mutuo. El depositario o custodio, a diferencia del prestatario o mutuuario, no puede hacer uso de los valores recibidos de los clientes. Por lo general, el servicio de depósito o custodia de valores supone la existencia de títulos específicos que continúan formando parte del patrimonio del depositante y sobre los cuales el depositario no adquiere derecho alguno de propiedad, quedando obligado a conservar las cosas depositadas con la diligencia de un buen padre de familia (CCV art. 1757) y a restituirlas al depositante (CCV art. 1749). Se supone que el depositario o custodio está obligado a conservar los títulos de cada depositante sin poder hacer uso de ellos. El depositario de títulos valores además tiene a cargo ciertos actos de administración, que consisten normalmente en el cobro al emisor (CCO art. 533).<sup>36</sup> Estos actos de administración son en interés del depositante, no del depositario.

No puede ni debe la custodia de valores confundirse con un préstamo o mutuo de valores a favor de la institución financiera depositaria. Si el depositario tiene permiso de servirse o de usar las cosas depositadas y lo hace, el contrato ya no es de depósito sino de mutuo o comodato (CCV art. 1759). Ahora, si el depositario dispone de las cosas depositadas

---

35 Normas para la Ponderación de Activos y Operaciones Contingentes en Función de los Niveles de Riesgo, Resolución de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras No. 090.95 del 15.05.95 (G.O. No. 35714 del 19.05.95).

36 Esta modalidad de depósito es conocida en doctrina como “depósitos en administración”.

sin permiso del depositante, incurre en delito de apropiación indebida (Código Penal [CP] art. 468).<sup>37</sup> No compartimos el criterio según el cual el depósito de títulos valores son siempre depósitos “irregulares” que autorizan al depositario a disponer de ellas.<sup>38</sup> No existe disposición legal

---

37 De acuerdo con esta disposición: “El que se haya apropiado en beneficio de otro, alguna *cosa ajena que se le hubiere confiado o entregado por cualquier título que comporte la obligación de restituirla o de hacer de ella un uso determinado, será castigado* con prisión de tres meses a dos años...” (cursivas nuestras). El que el depositario disponga de los títulos depositados, por ejemplo si los vende o los reporta, aún si tiene la intención de devolver al depositante títulos similares a los que recibió, supone una apropiación que configura el delito.

Si el depósito o custodia es sobre títulos que no son entregados físicamente y que permanecen a nombre del depositante (e.g. acciones de una sociedad que se transfieren a través de los agentes de traspaso, títulos desmaterializados, títulos depositados en Caja de Valores), la relación jurídica entre la sociedad de corretaje que presta el servicio de “custodia” y el cliente se asemeja más a la de mandato que al depósito. Cualquier acto de disposición sería realizado por el custodio en virtud de un mandato otorgado por el propietario de los títulos. Al igual que en el depósito, se podría configurar el delito de apropiación indebida si el custodio-mandatario se apropia o hace uso de los títulos en beneficio propio.

38 Ver L. Muñoz, *Contratos y Negocios Jurídicos Financieros*, p. 922, Buenos Aires, 1981. No creemos que, en nuestro caso, el último aparte del art. 384 del CCO sirva de fundamento legal para llegar a una conclusión similar. Según esta disposición: “el comisionista se hace dueño del dinero y efectos al portador, recibidos por cuenta del comitente, quedando constituido deudor de ellos y corriendo todos sus riesgos, salvo convención en contrario”. El art. 384 del CCO sería aplicable al depósito mercantil, si se entiende comprendido dentro de la remisión que hace el art. 534 del CCO (referente al depósito), a las normas del Título VIII del Libro Primero del CCO (relativas al contrato de comisión). Creemos que esta remisión no es total sino limitada, y que el régimen legal del depósito mercantil debe ser el siguiente: primero se aplican las normas sobre contrato de depósito del CCO, luego lo dispuesto para el contrato de comisión mercantil – siempre que sea compatible con la naturaleza del contrato de depósito, y por último, las normas sobre contrato de depósito del CCV, aplicable por remisión del art. 8 del CCO. Por lo tanto, las disposiciones del contrato de comisión aplicables al depósito mercantil serían aquellas que se refieren a la consignación, pues son las únicas compatibles con la naturaleza del contrato de depósito.

El art. 384 del CCO no puede aplicarse al contrato de depósito, pues se refiere a dinero y efectos al portador recibidos por el comisionista por cuenta del comitente. Ese dinero o instrumentos serían el producto de una venta llevada a cabo por el comisionista, donde éste recibe de un tercero – no de su contraparte en el contrato de comisión - el precio de realización. No se trata de cosas entregadas por el comitente al comisionista (i.e. consignación), lo cual sí podría aplicarse por analogía al depósito.

que pueda servir de soporte a tal argumentación. Únicamente si el depósito tiene por objeto dinero o títulos considerados como “fungibles” por las partes, se transfiere la propiedad al depositario.

Un depósito irregular, donde el depositario adquiere la propiedad de las cosas entregadas por el depositante, existe cuando del contrato se evidencia que la obligación del depositario es la de devolver una cantidad igual a la recibida (*tantundem*) y no las mismas cosas.<sup>39</sup> Es decir, el depósito se refiere a cosas genéricas, además de fungibles, o consideradas como fungibles por las partes. No puede un depositante pretender un derecho real de propiedad de una cosa que posee un tercero y que además está determinada de forma genérica. La propiedad no se ejerce sino sobre cosas determinadas, sobre cosas genéricas sólo son posibles derechos de crédito.<sup>40</sup> De modo que quien entrega a otro cosas genéricas y fungibles, transmite el dominio y adquiere un derecho de crédito frente al receptor. Pero, si el depósito es sobre títulos valores al portador que se identifican de forma tal que son considerados como cosas específicas y no fungibles, y se establece además que el depósito es en beneficio del depositante –lo cual se evidenciaría de la remuneración al depositario–, no puede hablarse de depósito irregular. En ese caso no habrá transmisión del dominio al depositario, pues ello resultaría contrario a la intención de las partes.<sup>41</sup> Se estarían atribuyendo al contrato efectos no deseados por las partes al momento de contratar. Además, desde un punto de vista

---

En definitiva, mientras en la comisión –de venta- el comisionista se hace dueño de los títulos al portador, en el depósito el depositario se hará propietario de los títulos al portador que reciba del depositante, sólo si éstos son considerados de manera genérica, como cosas fungibles, y no en virtud del art. 384 del CCO.

39 J. Garrigues, *Contratos Bancarios*, p. 361, Madrid, 1975; en el mismo sentido, sent. No. 95-4586 del 10.01.96, TSS, caso: *J.C. Lagorio Gentile, et. al.*

40 No es posible que exista posesión, propiedad u otro derecho real sobre cosas determinadas genéricamente, ya que tales relaciones implican la existencia de poderes sobre la cosa, que no son concebibles si la misma no está individualizada (J.L. Aguilar Gorrondona, *op. cit.*, p. 28; ver G. Kummerov, *op. cit.*, p. 45). Se cita, como fundamento a esta afirmación, el art. 1475 del CCV que dispone: “Cuando se trata de mercancías vendidas con sujeción al peso, cuenta o medida, la venta no es perfecta, en el sentido de que las cosas vendidas quedan a riesgo y peligro del vendedor, hasta que sean pesadas, contadas o medidas.”

41 Si se pretendiera aplicar el art. 384 del CCO, en ese caso habría una “convención en contrario” permitida, que desvirtúa la presunción de transferencia de la propiedad al receptor.

moral, sería inaceptable que el depositario que presta un servicio remunerado por su cliente, reciba todas las ventajas de una supuesta custodia.

Aún cuando el depositario o custodio pueda liberarse entregando títulos de iguales características a los recibidos, si no se desprende de la intención de las partes que se quiso transferir el dominio, el depositario estará obligado a mantener inmovilizados igual cantidad de títulos que los recibidos para su custodia. Para que el depositario pueda hacer utilizar o disponer en provecho propio de las cosas depositadas, requiere del permiso del depositante. De lo contrario, el depositante estaría tomando un riesgo mayor al esperado – si se trata de títulos valores toma el riesgo del depositario además del emisor, el cual además no se corresponde con el servicio contratado. Si las ventajas son para el depositario, debería ser él quien remunere al cliente y no a la inversa. Somos de la opinión de que aún en el depósito irregular, si es hecho en interés del depositante, el depositario tiene el deber fiduciario hacia el dador de custodiar las cosas y de no hacer uso de ellas en provecho propio.<sup>42</sup> Esto, a pesar de que la transferencia de dominio al receptor es plena, en el sentido de que éste corre los riesgos por pérdida fortuita y el depositante no tiene el derecho de reivindicar las cosas entregadas. Solamente si el custodio puede disponer de los títulos y además remunera al cliente, el contrato será mutuo y no de depósito.<sup>43</sup>

---

42 La característica fundamental del negocio fiduciario reside en la potestad de abuso por parte de la persona en quien se confía, potestad que deriva de la transmisión al fiduciario de resortes jurídicos que éste puede utilizar o en interés del fiduciante – y esto es lo que debe hacer – o en interés propio – y esto es lo que no debe, pero puede hacer (J. Garrigues, *Negocios Fiduciarios en Derecho Mercantil*, pp. 19 y 20, Madrid, 1976). El negocio fiduciario típico, en un sentido más restringido, es aquél en virtud del cual se lleva a cabo una transmisión de propiedad al fiduciario para lograr una finalidad para la cual no es jurídicamente necesaria la transmisión (ver L. Díez Picazo, *Dictámenes Jurídicos*, p. 31, Madrid, 1987).

43 Fue justamente esta práctica la que dio lugar a la prohibición en España, por Ley del 23 de Febrero de 1940, de las llamadas “cuentas corrientes de valores”. Mediante tales acuerdos con los clientes, los bancos tomaban títulos que confundían con los propios, sin el conocimiento de aquellos (ver en este sentido M. Broseta, *op. cit.*, pp. 83 y ss.; A. Rodríguez Sastre, *et. al.*, *La Cuenta Corriente de Efectos o Valores*, Madrid, 1936). Una práctica similar tuvo lugar en Italia durante los años 1920s, con el nombre de “comodato bancario” (ver F. Vivante, *Il Prestiti Bancari di Titoli*, en *Rev. Dir. Comm.*, Vol. 21, pp. 89 y ss., Milán, 1923).

Para que el depositario pueda hacer uso de las cosas cuya guarda se le confía requiere de una autorización, que, necesariamente, debe ser expresa y no tácita o presunta.<sup>44</sup> La autorización no desnaturaliza o nova el contrato sino el uso de esa autorización. Es en ese momento cuando se verifica la novación, esto es, se contrae una nueva obligación en sustitución de la anterior (CCV art. 1314 ord. 1). La obligación del depositario bajo el contrato de depósito es sustituida por una obligación de restitución distinta, regulada por un contrato de mutuo o de comodato. La finalidad en el mutuo es el otorgamiento de crédito, mientras que en el depósito la finalidad es de custodia. En el depósito todas las ventajas son para el depositante y en el mutuo las ventajas son para el prestatario, y de hecho, el depósito es remunerado para el depositario, en tanto que el mutuo es remunerado para el prestamista. En el depósito de valores, el depositante no toma el riesgo del depositario o custodio sino únicamente del emisor, mientras que en el mutuo de valores el prestamista toma el riesgo del emisor y del prestatario.

Es importante entonces que el cliente que entrega en mutuo títulos valores al banco, conozca la naturaleza del contrato y entienda los riesgos que está tomando. El contrato de préstamo tiene que ser claro en el sentido de que la sociedad de corretaje se hace dueña de los títulos y no depositaria de los mismos. Además, el banco deberá procurar que la oferta que se haga del producto de captación de títulos valores no conduzca al cliente a creer que se trata de un depósito o custodia de valores.<sup>45</sup> Por efecto del mutuo, el cliente se hace acreedor ordinario, y no tiene derecho a reivindicar lo entregado por él en mutuo en caso de quiebra del banco.

---

44 El art. 1759 del CCV no exige que la autorización deba ser expresa. Estimamos sin embargo, como regla general de derecho común, que la facultad para disponer de los bienes de otro debe ser expresa (analogía del art. 1688 del CCV).

45 El que atrae a un cliente para que le entregue títulos en mutuo, haciéndole creer que se trata de una custodia, también podría incurrir en delito de estafa. Según el art. 464 del CP, comete delito de estafa quien “con artificios o medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro, induciendo a alguno en error, procure para sí o para otro un provecho injusto con perjuicio de otro, será castigado con prisión de cinco a veinte meses”. En el caso planteado, el depositario obtendría un provecho dado que al disponer del título tendrá ventajas económicas. El perjuicio causado al cliente consistiría en el riesgo que éste toma del supuesto depositario, además del emisor del título, sin tener conocimiento de ello.

## IV. MERCADO DE CAPITALES

### 1. *Facultad de una sociedad de corretaje para celebrar préstamos de valores*

La captación y colocación de títulos valores a través de contratos de mutuo es una actividad típicamente bursátil permitida a las casas de bolsa y sociedades de corretaje, y así ha sido reconocido expresamente por la Comisión Nacional de Valores al promulgar las Normas de Intermediación (NAICB arts. 59 al 61).<sup>46</sup>

Las Normas de Intermediación establecen ciertas exigencias patrimoniales para las actividades de reporto y mutuo por parte de las sociedades de corretaje (NAICB arts. 42 y 61). Así, se reserva la captación de títulos valores de personas distintas a bancos, entidades de ahorro y préstamo o sociedades de corretaje, a aquellas sociedades de corretaje o casas de bolsa que puedan realizar “Actividades Globales de Intermediación, Corretaje y por Cuenta Propia” o “Actividades Universales de Intermediación, Corretaje y por Cuenta Propia” (NAICB art. 61).<sup>47</sup>

---

46 Antes de la entrada en vigencia de las NAICB, se planteó cierta discusión acerca de la posibilidad para las sociedades de corretaje de realizar la actividad, vista la reserva a los bancos e instituciones de crédito de la actividad de “captación de recursos con la finalidad de otorgar créditos o financiamientos” (LGB art. 1). No obstante, el mutuo de títulos valores, al igual que el reporto, el cual está expresamente autorizado a las sociedades de corretaje (LMC art. 79), constituye un mecanismo que utilizan las sociedades de corretaje para financiar la actividad especulativa con títulos valores (ver *supra* sección II.2.d).

47 De acuerdo con el art. 61 de las NAICB: “Para celebrar los contratos de mutuo de valores a que se refieren los artículos anteriores se requerirá: (a) En el caso de actuar como mutuuario, para contratos celebrados con personas jurídicas distintas a bancos, entidades de ahorro y préstamo, sociedades de corretaje y empresas filiales o relacionadas, y con personas naturales distintas a los accionistas de la sociedad de corretaje, que las sociedades de corretaje se encuentren dentro de los supuestos previstos en los artículos 94 y 95 de las presentes Normas. (b) En todos los demás casos de actuación como mutuante, que las sociedades se encuentren dentro de los supuestos previstos en los artículos 92, 93 y 94. Cuando el mutuuario sea una persona jurídica distinta a bancos, entidades de ahorro y préstamo y sociedades de corretaje, o una persona natural, se requerirá el supuesto previsto en el artículo 95.”

Para que una sociedad de corretaje pueda ser calificada en esta tipología, debe mantener un índice de patrimonio y garantías de riesgo de 16,5%, índice de patrimonio y garantías de riesgo primario de 11%, índice de adecuación de operaciones activas, pasivas y contingentes de 1, capital social de Bs. 500 millones, patrimonio líquido de Bs. 1.000 millones y patrimonio y garantías de riesgo primario de Bs. 1.500 millones (NAICB art. 94).

Estas exigencias patrimoniales, índices y condiciones de liquidez fueron adoptadas con base al artículo 71 de la Ley de Mercado de Capitales.<sup>48</sup> La Comisión Nacional de Valores consideró, en nuestra opinión muy acertadamente, que las operaciones de mutuo de títulos valores comportaban riesgos especiales que requerían de mayores exigencias patrimoniales y de liquidez.<sup>49</sup>

## **2. Operaciones por cuenta propia**

Mediante el préstamo de títulos valores, la casa de bolsa o sociedad de corretaje no estaría actuando como corredor de títulos valores, sino por cuenta propia.<sup>50</sup> Por lo tanto, esta actividad se encuentra sujeta a la normativa que en este sentido dicte la Comisión Nacional de Valores (LMC art. 76). La actividad de intermediación bursátil o corretaje supone

---

48 Esta norma establece: “Los corredores públicos de valores deberán cumplir los requisitos y porcentajes de capital, patrimonio, endeudamiento, y otras condiciones de liquidez y solvencia, establecidas por la Comisión Nacional de Valores, mediante normas de carácter general.”

49 La CNV acogió, por recomendación de la *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO), controles de riesgo mediante el establecimiento de índices de solvencia como índices de patrimonio con respecto a activos ponderados, que venían siendo aplicados a la banca según los acuerdos de Basilea (LGB art. 14). La metodología es la misma que aplica la banca, salvo por la adopción de la contabilidad de ajuste a valores de mercado (*mark to market*) a los efectos de valorar los activos, vista la mayor exposición al riesgo de precio que tienen las casas de bolsa.

50 De acuerdo con el artículo 1 de las Normas Relativas a las Operaciones que por Cuenta Propia Realicen los Corredores Públicos de Títulos Valores (Comisión Nacional de Valores, G.O. No. 33.737 del 11/06/87), constituyen operaciones por cuenta propia “las inversiones en títulos valores temporales o permanentes, susceptibles de ser negociadas en mercado secundario, en bolsa o fuera de ella, cuyo titular sea un corredor o persona natural o jurídica autorizada para actuar como corredor público de títulos valores.”



una posición imparcial, donde el corredor no asume partido en favor de ninguna de las partes, sino que cumple la tarea neutral de aproximar a otros para que se pongan de acuerdo.<sup>51</sup>

### **3. Títulos susceptibles de ser dados o recibidos en préstamo por una sociedad de corretaje**

El préstamo de valores no necesariamente debe referirse a títulos valores que sean objeto de oferta pública y que estén sometidos al control de la Comisión Nacional de Valores. Las Normas de Intermediación expresamente reconocen la posibilidad para las casas de bolsa y sociedades de corretaje de invertir en los siguientes títulos: (i) títulos de deuda a la orden y transmisibles por entrega, endoso simple o anotación en cuenta y emitidos de conformidad con lo establecido en la Ley de Crédito Público y/o garantizados o avalados por la República de Venezuela; (ii) títulos de deuda a la orden y transmisibles por entrega, endoso simple o anotación en cuenta y emitidos y/o garantizados o avalados por Repúblicas soberanas, incluyendo aquellos títulos de deuda emitidos por sus respectivos Bancos Centrales; (iii) títulos de deuda a la orden y transmisibles por entrega, endoso simple o anotación en cuenta y emitidos de conformidad con lo establecido en la Ley del Banco Central de Venezuela y/o garantizados o avalados por el Banco Central de Venezuela; (iv) títulos de deuda a la orden y transmisibles por entrega, endoso simple o anotación en cuenta y emitidos por instituciones regidas por la Ley General de Bancos o por la Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo; (v) títulos de deuda a la orden y transmisibles por entrega, endoso simple o anotación en cuenta y emitidos por Bancos e Instituciones Financieras del exterior; (vi) títulos de deuda objeto de oferta pública emitidos de conformidad con lo establecido en la Ley de Mercado de Capitales; (vii) títulos de deuda emitidos en el exterior que sean objeto de oferta pública autorizada por una Comisión de Valores del exterior u otro organismo similar competente del exterior para hacer oferta pública de títulos valores en su respectiva jurisdicción extranjera que se negocien en Bolsas de Valores o en el mercado extrabursátil (OTC); (viii) acciones objeto de oferta pública emitidas de conformidad con lo establecido en la Ley de

---

51 A. Morles, *La Bolsa, los Corredores y los Contratos Bursátiles*, p. 43, Caracas, 1988.

Mercado de Capitales o la Ley de Entidades de Inversión Colectiva; (ix) acciones emitidas en el exterior que sean objeto de oferta pública autorizada por alguna Comisión de Valores u otro organismo similar competente del exterior para hacer oferta pública de títulos valores en su respectiva jurisdicción, que se negocien en Bolsas de Valores o en el Mercado extrabursátil (OTC); o (x) acciones emitidas en el Exterior inscritas o negociadas en las bolsas de valores extranjeras reconocidas por la Comisión Nacional de Valores. (NAICB arts. 39 y 60).<sup>52</sup> Obviamente, la sociedad de corretaje no puede recibir ni entregar en mutuo títulos valores que constituyan pasivos propios.

---

52 El texto refundido de las NAICB que fue publicado en Gaceta Oficial conjuntamente con la reforma, establece, en el art. 61, que pueden ser objeto de mutuo valores de oferta pública cuya fecha de vencimiento sea posterior a la del vencimiento del contrato de mutuo. Suponemos que se trata de un error de imprenta, pues la Resolución aprobada por el directorio de la Comisión Nacional de Valores no incluye una reforma a esta norma, que anteriormente establecía que los títulos objeto del mutuo podían tener un vencimiento posterior o anterior al plazo del préstamo. Además, tomada literalmente, la norma no permite el préstamo de títulos de renta variable, los cuales no tienen vencimiento, a pesar de estar incluidos en la enumeración del art. 39.

En el mismo sentido que las NAICB, las Normas Relativas a la Autorización de los Corredores Públicos de Títulos Valores y al Registro de los Mismos (NACP - G.O. No. 30291 del 29.12.73), establecen que las sociedades de corretaje no pueden realizar actividades de intermediación y corretaje sino con títulos valores cuya oferta pública haya sido autorizada por la Comisión Nacional de Valores (NACP art. 15 ord. 1). En nuestra opinión, esta prohibición no es extensible a títulos de deuda pública, ni a los emitidos de conformidad con la Ley General de Bancos, Ley del Banco Central de Venezuela, o Ley del Sistema Nacional de Ahorro y Préstamo (LMC art. 1). En efecto, la citada norma tenía por propósito prohibir las actividades de intermediación de títulos valores cuya oferta pública, a pesar de haber sido anterior a la Ley (la norma fue promulgada con la entrada en vigencia de la primera LMC), debía ser autorizada por la Comisión Nacional de Valores dentro del año siguiente a su promulgación (LMC de 1973, art. 153). De hecho, se exceptuaban de la prohibición aquellos títulos cuya oferta pública estaba pendiente de autorización. Las NAICB y el MCCNV establecen una lista taxativa de títulos valores que, en definitiva, limita las operaciones de cartera propia y corretaje, a títulos valores: (i) emitidos por instituciones financieras (i.e. créditos revisados por una institución financiera supervisada por Sudeban), (ii) emitidos por la República y el Banco Central de Venezuela de acuerdo con la Ley de Crédito Público o Ley del BCV; (iv) emitidos por otras Repúblicas soberanas o sus bancos centrales; (v) emitidos y colocados en oferta pública autorizada por la CNV o por otro organismo similar del exterior, cuya oferta pública haya sido autorizada en esa jurisdicción. Todo lo

Adicionalmente, los títulos valores que sean objeto de mutuo deben estar calificados en el portafolio de “inversión para comercialización” (NAICB art. 60 Parágrafo Primero). Con esta limitación, se evita la desincorporación de títulos valores de otro portafolio, mediante un préstamo activo para la sociedad de corretaje.

#### **4. Custodia de valores y administración de cartera**

Las sociedades de corretaje y casas de bolsa, al prestar los servicios de custodia de valores o administración de cartera no se constituyen en mutuarías del portafolio de sus clientes. Tanto en la custodia como en la administración de cartera, debe existir una separación patrimonial de los valores custodiados o administrados de aquellos pertenecientes a la sociedad de corretaje (NAICB arts. 111 y 121). Las casas de bolsa y sociedades de corretaje pueden prestar servicios de administración de cartera y custodia únicamente bajo la figura del mandato.

Para prestar el servicio de cartera administrada,<sup>53</sup> la Ley de Mercado de Capitales exige a los corredores la utilización de la Caja de Valores (LMC art. 80), de manera que los valores que conforman el portafolio administrado se mantengan en subcuentas a nombre del cliente final.<sup>54</sup>

---

demás califica crédito directo que debe ser provisionado por la sociedad de corretaje (MCCNV, Cap. V). Así, una sociedad de corretaje no puede hacer operaciones de cartera propia o corretaje con títulos cuya oferta pública no haya sido autorizada por ningún organismo oficial, como es el caso de muchos papeles denominados “eurobonos”, “caribe bonos” y otras ofertas restringidas a cierta categoría de inversionistas o a personas no domiciliadas en el país del organismo oficial que aprobó la emisión (e.g. títulos ofrecidos en *private placements*, *small offerings* y *Regulation D offerings* contempladas en la Ley Americana de Valores de 1933 (SA §§ 3 y 4).

53 Respecto de la custodia de valores, nos remitimos a lo expuesto en la sección III.4 de este trabajo. Además, las NAICB claramente establecen que las casas de bolsa y sociedades de corretaje solamente pueden disponer de los títulos recibidos en custodia, como mandatarios (NAICB art. 111).

54 Los títulos que son administrados por una sociedad de corretaje bajo un contrato de administración de cartera o contrato de custodia son transferidos a la Caja de Valores (Ley de Cajas de Valores [LCV] art. 17), en la cual se mantienen en subcuentas a nombre de los beneficiarios de las carteras administradas (LCV art. 21). La Caja de Valores no puede realizar traspasos de los títulos sino por instrucción de la sociedad de corretaje y según los términos del mandato conferido por el titular (i.e. contrato de administración de cartera). Mediante el contrato de administración de

Además, las Normas de Intermediación, establecen que las sociedades de corretaje deben asegurar la separación patrimonial a efectos de evitar que los activos administrados formen parte de la prenda común de los acreedores de la sociedad administradora (NAICB art. 121). Esta “separación patrimonial” se verifica únicamente si el portafolio administrado se mantiene a nombre del cliente o si se aporta a un fideicomiso con una entidad autorizada. En ambos casos, la casa de bolsa permanecería como mandataria a los efectos de, en nombre y por cuenta del cliente, disponer de los valores que conforman el portafolio administrado.<sup>55</sup> Si la casa de bolsa es mandataria, los valores se registran a nombre del cliente, pues bajo el mandato, el mandatario actúa en nombre del representado, no en nombre propio (CCV art. 1684). En un fideicomiso, los valores aportados se registran a nombre del ente fiduciario (Ley de Fideicomisos [LF] art. 1), pero por disposición de ley, no forman parte de la prenda común de los acreedores, sino que conforman un patrimonio separado (LF art. 2).

No se puede pretender una separación patrimonial mediante la simple contabilización en “cuentas de orden” de los activos administrados, como de hecho fue una reiterada e irregular práctica de muchas casas de bolsa en el pasado reciente. En efecto, muchas casas de bolsa pretendieron actuar como verdaderos entes fiduciarios, haciéndose titulares (incluso en beneficio propio) de los activos que conformaban la cartera administrada de los clientes.<sup>56</sup> Para que pueda existir una separación

---

cartera, la casa de bolsa se constituye en mandataria a los efectos de movilizar la subcuenta del cliente.

- 55 Rechazamos, por simplista, la calificación del contrato de administración de cartera como contrato innominado o *sui generis*, amparado en el principio de la autonomía de la voluntad previsto en el art. 1140 del CCV. Si se atiende a la causa o finalidad económica perseguida por las partes en el contrato, son perfectamente identificables en la administración de cartera otros contratos nominados. Se trata de un negocio jurídico complejo, que envuelve más de un contrato, y no de un contrato *sui generis*. Así, bajo un mismo contrato, el de administración de cartera, pueden combinarse varios negocios: un mandato, un contrato de depósito y un contrato de servicios. En cada caso, habrá que atender a lo previsto en el contrato y a la intención de las partes.
- 56 Al igual que con el servicio de custodia o depósito de valores, se incurre en delito de apropiación indebida si el administrador utiliza en provecho propio los valores recibidos de los clientes de cartera administrada (CP art. 468).

patrimonial de ciertos activos pertenecientes a una misma persona, hace falta un reconocimiento expreso por una norma de rango legal.<sup>57</sup>

### **5. Tratamiento de los índices ponderados en base a riesgo**

Las sociedades de corretaje y casas de bolsa deben mantener índices mínimos de patrimonio con respecto a los activos y otras operaciones que puedan comportar riesgos. Para calcular el índice ponderado de patrimonio, se divide el patrimonio entre el total de activos y operaciones contingentes debidamente ponderados (NAICB arts. 82 y 83).<sup>58</sup> Los factores de ponderación para cada uno de los activos y operaciones contingentes son los establecidos en el Manual de Contabilidad y Plan de Cuentas de la Comisión Nacional de Valores (“MCCNV”) (NAICB art. 80).<sup>59</sup> Por su parte, el valor de los títulos que mantenga la sociedad de corretaje en su portafolio se determina de acuerdo a su valor de mercado, costo de adquisición o según la participación patrimonial, según se trate de portafolio para comercialización (portafolio “T”), inversión para comercialización (portafolio “PIC”), inversión propiamente (portafolio “I”) o portafolio en acciones (NAICB arts. 65 al 68). Adicionalmente, para calcular los índices, se deben deducir del patrimonio las partidas de ajuste determinadas en el Manual de Contabilidad y Plan de Cuentas de la CNV.<sup>60</sup>

- 57 La unidad patrimonial es la regla. Para que existan patrimonios separados, esto es, bienes que no estén sujetos a ejecución por los acreedores de su titular, hace falta un reconocimiento legal. Se trata de excepciones a lo establecido en los arts. 1863 y 1864 del CCV. De acuerdo con el art. 1863: “El obligado personalmente está sujeto a cumplir su obligación con todos sus bienes habidos y por haber.” Por su parte, el art. 1864 dispone: “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 y las hipotecas.”
- 58 La metodología de cálculo de los índices es la misma que rige para la banca según los acuerdos de Basilea (ver *supra* nota 49). Esto es, se establecen niveles de capitalización y apalancamiento mediante la imposición de índices mínimos de patrimonio sobre activos y operaciones contingentes ponderadas.
- 59 El Manual de Contabilidad de la CNV establece factores de ponderación del 0%, 0.25%, 1%, 3%, 5%, 10%, 20%, 50% y 100%, de acuerdo con el riesgo que comportan las operaciones y por categoría de contraparte (MCCNV, Cap. V, pp. 56 y ss.).
- 60 Se trata de partidas que representan riesgos que ameritan una reserva de capital del 100%. E.g. exceso en la posición de cambio en divisas, bienes inmuebles en uso en exceso del 100% del patrimonio contable, créditos otorgados a una misma persona en exceso del 20% de patrimonio contable, insuficiencias de patrimonio (MCCNV, Cap. V, pp. 48 y ss.).

El efecto de las operaciones de mutuo de valores en los índices será distinto según la posición de la sociedad de corretaje en el contrato: si es prestataria o prestamista.

#### **a. Sociedad de corretaje como prestataria**

Dado que bajo el contrato de préstamo de valores la sociedad de corretaje –prestataria– se hace propietaria de los títulos, se debe tomar en cuenta la exposición al emisor a efectos de calcular las partidas a ser deducidas. Cualquier exceso del 20% del patrimonio contable de la sociedad de corretaje en créditos (incluyendo valores recibidos en préstamo) otorgados al mismo emisor, se deduce del patrimonio contable a fines de calcular los índices. Sin embargo, el efecto neto a considerar para las partidas a ser deducidas será cero visto que la sociedad tiene el compromiso de devolver al prestamista los mismos títulos al final del mutuo. Se genera en el lado activo el riesgo de crédito del emisor de los títulos, y en el lado pasivo una “deducción” del riesgo de crédito de los mismos títulos (MCCNV, Cap. V, p. 51).

Igualmente, la ponderación aplicable para los títulos tomados en préstamo por la sociedad de corretaje –y mantenidos en cartera– será cero, independientemente del emisor de los títulos.

Los títulos tomados o recibidos en mutuo, como forman parte del portafolio de “inversión para comercialización” (NAICB art. 61 Parágrafo Primero), se valoran a según valores de mercado (NAICB art. 74(c)).

#### **b. Sociedad de corretaje como prestamista**

El préstamo genera un riesgo de crédito directo del prestatario que toma los títulos de la sociedad de corretaje, por lo que se aplican respecto del prestatario las normas sobre las partidas a ser deducidas.<sup>61</sup> No se considera el riesgo de crédito del emisor de los títulos, visto que el prestatario se libera del riesgo de crédito de los títulos durante el préstamo. La ponderación aplicable dependerá de la categoría del prestatario.

---

61 *Id.*

## V. ASPECTOS FISCALES

### 1. Impuesto sobre la renta

El tratamiento contable de los préstamos o mutuos de títulos valores no es del todo relevante para la materia impositiva.<sup>62</sup> De hecho, el tratamiento impositivo y la contabilidad fiscal para los préstamos de títulos valores no coincide con el tratamiento contable que sugiere el Manual de Contabilidad y Plan de Cuentas de la CNV.<sup>63</sup>

#### a. Tratamiento del mutuo de títulos valores

El valor de mercado del título al momento de su devolución por el prestatario, constituye un ingreso bruto que debe ser considerado a los efectos de calcular los ingresos gravables del prestamista. Si el préstamo es de acciones que cotizan en Bolsa, se aplicaría un impuesto proporcional del 1% sobre el monto bruto de la operación, y las pérdidas, de ser el caso, no serían deducibles.

En el mutuo o préstamo de valores se establece la obligatoriedad para el prestatario de restituir bienes de la misma calidad y cantidad. Si el prestamista entrega y recibe títulos cuyo valor de mercado se mantiene, no tendrá ganancia gravable por este concepto. Si, por el contrario, el valor de mercado de los títulos objeto del préstamo ha variado desde el momento en que se perfeccionó y concluyó el contrato o, mejor dicho, desde el momento en que el prestamista adquirió los títulos y hasta el momento en que concluyó el contrato de préstamo, el prestamista tendrá

---

62 En primer término, porque según el principio de reserva legal o legalidad consagrado en la Constitución Nacional (Constitución art. 317), sólo la ley puede crear, modificar o suprimir tributos, otorgar exenciones, exoneraciones, rebajas y otros beneficios o incentivos fiscales (COT art. 4). Adicionalmente, las normas de contabilidad deben tener en general relevancia a fines fiscales, para la medición de los resultados y la determinación del patrimonio de la actividad empresarial, en tanto sean conciliables con los respectivos principios y normas de la tributación (E. Reig, *Conflictos entre las Normas Impositivas y los Principios Contables*, en Rev. Der. Trib., No. 62, Caracas, 1994).

63 El Manual de Contabilidad de la CNV es el único pronunciamiento contable que se refiere a esta figura y, dado que el Manual de Contabilidad de Sudeban no contempla esta transacción, los bancos y entidades financieras que celebren préstamos de valores deberían adoptar la contabilidad de la CNV hasta tanto se pronuncie la Superintendencia de Bancos.

una ganancia o pérdida –en especie– que computar a los fines de la determinación de su enriquecimiento neto (Ley de Impuesto Sobre la Renta [LISR] art. 1).<sup>64</sup> Si el prestamista no se hubiere desprendido nunca del instrumento y su cotización de mercado variare, no tendría ganancia o pérdida que acusar, ya que tan solo tendría un aumento o disminución de valor, pero no una ganancia realizada o disponible ni una pérdida aprovechable (LISR art. 5), salvo que el título esté sujeto al sistema de ajuste por inflación.<sup>65</sup> Al desprenderse del título y recuperarlo en un momento posterior, en cambio, sí realiza o percibe un enriquecimiento o pérdida. El enriquecimiento neto estará determinado por la diferencia entre el valor de mercado de los títulos al vencimiento y el costo fiscal, es decir, su costo de adquisición por el prestamista.

Si el valor de mercado de los títulos ha variado desde que el prestamista adquirió los títulos y hasta que se perfecciona el contrato de mutuo (i.e. cuando el prestamista entrega los títulos al prestatario), el prestamista no tiene en ese momento una ganancia realizada o pérdida fiscal aprovechable. El momento en que se realiza la pérdida o la ganancia, será cuando el prestamista recupera los títulos del prestatario. Esto, a pesar de que la entrega de los títulos en mutuo constituye un acto de enajenación, que para el caso de bienes muebles, constituye el momento en que se considera disponible el ingreso o deducible la pérdida o gasto, según el caso.<sup>66</sup> En todo caso, sería disponible para el prestamista el premio o contraprestación que el prestatario debe pagar, dado que dicho premio o contraprestación constituye la remuneración que recibe el prestamista con ocasión del mutuo.<sup>67</sup> De tratarse de una venta de títulos

---

64 Decreto No.307 del 12.09.99 (G.O. No. 5390 Extra. del 29.10.99).

65 Ver *post* sección V.2.b.

66 De acuerdo con el art. 5 de la LISR, se entiende que los enriquecimientos provenientes de la enajenación de bienes muebles se consideran disponibles desde que se realizan las operaciones que los producen. Un supuesto distinto es la cesión del uso y goce de bienes muebles (e.g. arrendamiento), cuyo enriquecimiento se considera disponible al efectuarse el pago. Como en virtud del mutuo el prestamista transmite al prestatario el dominio sobre la cosa prestada, el mismo constituye un acto de enajenación y no una simple cesión de uso y goce.

67 Sin embargo, el préstamo de títulos valores, a pesar de ser un supuesto de enajenación de bienes muebles, constituye también una operación de crédito, cuya disponibilidad es en base a los ingresos devengados en el ejercicio gravable (ver *post* sección V.1.b).



valores (supuesto de enajenación distinto al mutuo), sería disponible el precio –que es la contraprestación en la venta– al perfeccionarse el contrato de compraventa, aunque el pago se efectúe en un momento distinto.

El prestatario no tendrá ningún ingreso o pérdida que acusar salvo que, en lugar de permanecer con el título hasta el vencimiento, disponga de él y recompre títulos similares para su devolución al prestamista. En ese caso, tendrá un enriquecimiento o pérdida que estará determinada por los precios de realización y recompra de los títulos. Así, si el mutuo fue celebrado por el prestatario para cubrir una venta en corto, la ganancia del prestatario-vendedor estará determinada por la diferencia entre el precio de venta y el precio de recompra de los títulos para su devolución al prestamista. El prestatario, al efectuar la venta en corto, aspira recomprar títulos similares a un precio inferior al de venta para cumplir con el préstamo de títulos. Al cerrar así su posición, realiza una ganancia o pérdida de capital. La ganancia es disponible para el prestatario cuando recupera títulos valores similares para cumplir su obligación con el prestamista, no al vencimiento del mutuo, cuando entrega los títulos al prestatario.

Lo anterior no se aplica en el caso de títulos exentos. Si el título valor que es objeto del mutuo es un título cuya ganancia de capital es exenta, la utilidad que pueda generar el prestamista o el prestatario al vencimiento del préstamo no será gravable, ni las pérdidas deducibles. Independientemente del tratamiento impositivo del título, si el prestatario reportó los títulos recibidos en préstamo, tendrá un gasto deducible al cerrar su posición (i.e. al recibir los títulos del reportador).<sup>68</sup> En el caso

---

68 El reporto es un contrato nominado y autónomo que utilizan los bancos y casas de bolsa como mecanismo de financiamiento. El tratamiento fiscal del título valor que se reporta no afecta el tratamiento fiscal del reporto. Por lo general, la causa en reporto para el reportador, es el empleo de su capital, a través de la entrega de dinero al reportado con la garantía de los títulos transmitidos en propiedad al reportador. Para el reportado, la causa del reporto consiste en el empleo de los títulos, o en la posibilidad para disponer de forma temporal de una suma de dinero contra la garantía de títulos, o bien en la obtención de uno o de otro resultado a la vez (F. Messineo, *Operaciones de Bolsa y de Banca*, p. 176, Barcelona, 1957). No obstante, si el reporto tiene fines especulativos (especulación en títulos valores), entonces la ganancia o pérdida sí podría calificarse como una ganancia o pérdida de capital, cuyo tratamiento fiscal dependerá del tratamiento fiscal de las ganancias de capital de los títulos reportados.

de préstamos de acciones que cotizan en Bolsa, siempre que el traspaso se haya efectuado a través de una Bolsa de Valores, los ingresos están gravados con un impuesto proporcional del 1% (LISR art. 77).<sup>69</sup> Además, las pérdidas que se produzcan por la enajenación de éstos títulos no son deducibles (LISR art. 77 Parágrafo Único).<sup>70</sup>

### **b. Tratamiento del premio que paga el prestatario**

El premio o contraprestación constituye un ingreso gravable para el prestamista y un gasto deducible para el prestatario. El prestatario deberá efectuar retención de impuesto para que sea admisible la deducción.

El premio o contraprestación que recibe el prestamista será disponible –y deducible para el prestatario– en base a lo devengado en el ejercicio (LISR art. 5 Parágrafo Único). La deducibilidad además requiere que el gasto sea normal y necesario, hecho en el país para producir la renta (LISR art. 27). Si el gasto es deducido en un ejercicio en el cual no

---

69 De acuerdo con criterio de la Gerencia Jurídico Tributaria del Seniat, el préstamo o mutuo de acciones bursátiles no está sujeto al gravamen del 1% (Doctrina del Seniat, No. HGJT-1757 del 05/09/95). La consulta fue formulada por la Bolsa de Valores de Caracas, con motivo de la implantación de un mecanismo de préstamo de títulos para el caso de incumplimientos por parte de miembros de la Bolsa. De acuerdo con el criterio del Seniat, el impuesto del 1% no aplicaría únicamente para aquellas operaciones de mutuo de acciones donde la Bolsa de Valores sea prestataria de algún miembro.

70 La pérdida generada por la enajenación de títulos que cotizan en Bolsa no es aprovechable, independientemente de que la operación se haya completado fuera de Bolsa (Doctrina del Seniat, No. GJT-200-1381 del 13/06/95). Solamente si se cumplen las condiciones previstas en el art. 33 de la LISR se podrán aprovechar las pérdidas sufridas en la venta de acciones que cotizan en Bolsa, es decir: (a) que el costo de adquisición no haya sido superior al precio de cotización en la Bolsa de Valores; (b) que el enajenante haya sido titular de las acciones por un lapso consecutivo no menor de dos años; y (c) que el enajenante demuestre a la Administración Tributaria que las empresas de cuyas acciones se trate efectuaron una actividad económica con capacidad razonable durante los dos últimos ejercicios. Esta disposición comprende de forma expresa a las acciones que cotizan en Bolsa de Valores, en aparente contradicción a lo dispuesto en el art. 77 de la LISR – de hecho, la reforma propuesta en 1998 pretendió corregir este error. Para conciliar ambas disposiciones, no podemos sino considerar al art. 33 como una excepción al art. 77. En todo caso, no vemos cómo pueden cumplirse estas tres condiciones en el caso de un préstamo de títulos valores.

se efectúa el pago –causado y no pagado–, en caso que no se efectúe el pago al año siguiente, el prestatario deberá declarar un ingreso (LISR art. 32).

Si el premio que paga el prestatario se conceptúa como una comisión mercantil, procederá una retención del 5% si el prestamista es una persona jurídica domiciliada en el país o no, 34% si es persona natural no residente, o 3% si es persona natural residente (Reglamento de la LISR en Materia de Retenciones [RIR] art. 9.2.b).<sup>71</sup> Si el premio se fija como un interés, es decir, como un porcentaje de una suma o capital determinado por un período de tiempo,<sup>72</sup> entonces la retención será del 34% si el beneficiario prestamista es una persona natural no residente, 3% si es una persona natural residente, 5% si es persona jurídica domiciliada, del 15% al 34% si es persona jurídica no domiciliada, y 4.95% si es una institución financiera del exterior (RIR art. 9.3). Si el prestamista es una institución financiera, la remuneración por el préstamo no está sujeta a retención (RIR art. 10).<sup>73</sup> Las tarifas máximas que establezca algún tratado para evitar la doble tributación, de ser aplicable, serán de aplicación preferente.

El porcentaje de retención sólo procederá sobre la cantidad correspondiente al premio o los intereses por el préstamo de valores, independientemente que se restituyan bienes de la misma cantidad y calidad, o dinero en efectivo (cumplimiento en especie o equivalente). Para que proceda la deducción de lo pagado al prestamista como contraprestación por el mutuo, el prestatario debe haber efectuado la retención (LISR art. 87 Parágrafo Sexto).

En principio, el ingreso por el premio es disponible cuando se perfecciona la operación de mutuo, esto es, cuando el prestamista hace entrega de los títulos al prestatario. El mutuo, como contrato real, se perfecciona en con la entrega de la cosa prestada, lo cual debe ocurrir en la fecha valor del contrato. Tratándose de una enajenación de una cosa mueble, como es un título valor, el ingreso es disponible al perfeccionarse

---

71 Decreto 1808 del 23.04.97, G.O. 36203 del 12.05.97

72 F. Ferrara, *supra* nota 13.

73 De acuerdo con dictamen de la Gerencia Jurídico – Tributaria del Seniat (Consulta No. 2920-96 de fecha 21.02.97), si el prestamista es una sociedad de corretaje o casa de bolsa, la remuneración que paga el prestatario por el mutuo de valores tampoco está sujeta a retención, por tratarse de una entidad regida por ley especial en el campo financiero.

el contrato (LISR art. 5). Sin embargo, como el préstamo de títulos valores, al igual que el préstamo de dinero, constituye una operación de crédito, el premio se considerará disponible para el prestamista y deducible para el prestatario, sobre la base de lo devengado en el ejercicio gravable (LISR art. 5 Parágrafo Único).<sup>74</sup>

No necesariamente la contraprestación por un préstamo de títulos exentos está exenta de impuesto sobre la renta. El derecho de crédito representado en un título es distinto al derecho de crédito derivado de un préstamo de ese mismo título. Si lo que se exonera son las ganancias de capital y los intereses del título, dicha exoneración no alcanza la contraprestación por un préstamo del título. En cada caso habría que revisar el texto de la ley que establece la exoneración.<sup>75</sup>

Si el mutuo tiene por objeto acciones que no cotizan en bolsa, a primera vista parecería que se debe aplicar la retención prevista para la enajenación de acciones. En los casos de enajenación de acciones, procede una retención del 5% si el beneficiario es persona jurídica, 3% si es persona natural residente, y 34% si es persona natural no residente (salvo que aplique una tarifa reducida o una exención en virtud de un tratado para evitar la doble tributación) (RIR art. 9 ord. 21).<sup>76</sup> La retención debe hacerse sobre lo pagado o abonado en cuenta (LISR art. 87), que, en el caso de un préstamo de títulos valores, sería únicamente el premio o interés que se paga al prestatario, y no el valor de los títulos. Lo que se paga en el préstamo de valores es asimilable al interés que remunera préstamo de dinero y no un precio por la adquisición de unos títulos.<sup>77</sup>

---

74 Si el premio se establece como un monto fijo y no como un interés, independientemente que se haya efectuado el pago al inicio del préstamo, será deducible o gravable la porción que corresponda a lo devengado hasta el cierre de ejercicio.

75 Aunque no conocemos ningún caso, puede ser que de la norma que establezca la exoneración, se desprenda que la misma abarca los enriquecimientos derivados de la utilización de los títulos (distinta a las ganancias de capital).

76 El RIR, de manera incomprensible, previó en este caso una retención para pagos que no constituyen gastos propiamente dichos, sino que son costo de adquisición. Cuando se trata de acciones que cotizan en bolsa en cambio, el impuesto se aplica sobre el "ingreso bruto" (LISR art. 77), es decir, sobre el monto total de la operación.

77 En el reporto, a diferencia del mutuo, sí se produce una venta de títulos valores que haría procedente la retención sobre el monto bruto de la operación.

### **c. Tratamiento de los frutos producidos por el título subyacente y su reembolso al prestamista**

Los intereses devengados (pagados y no pagados) y los dividendos pagados durante la vida del préstamo del título son gravables para el propietario del título (prestatario). Lo pagado por el emisor al prestatario y reembolsado al prestamista es gravable para el prestamista. El prestatario podrá deducir los reembolsos que efectúe a favor del prestamista.

Los intereses derivados de créditos concedidos por personas jurídicas son gravables a medida que sean devengados (LISR art. 5 Parágrafo Primero).<sup>78</sup> El propietario de un título de renta fija debe declarar los intereses devengados hasta el día de cierre del ejercicio, independientemente de que sean pagados por el deudor o emisor del título. Los dividendos, por su parte, son gravables a medida que son pagados (LISR art. 5). Por tanto, el prestatario deberá declarar como ingreso únicamente los dividendos pagados por el emisor.

Por efecto del mutuo de títulos valores, se difieren para el prestamista el reconocimiento de ingresos derivados de los títulos. El prestamista, de haber permanecido con el título, habría realizado una ganancia por los pagos recibidos del emisor (intereses, dividendos, etc.), por los intereses devengados por el título hasta el cierre del ejercicio y por el ajuste del título valor al cierre del ejercicio fiscal (si el título está sujeto a reajuste). Pero, al haber prestado los títulos valores, el prestamista difiere el reconocimiento de estos enriquecimientos. El prestamista, como no es dueño de los títulos, no tiene que reconocer una ganancia por lo pagado por el emisor, ni por los intereses devengados –para el caso en que el mutuo tenga vencimiento en una fecha posterior al cierre del ejercicio fiscal del prestamista–. Sí debería, en principio, ajustar la cuenta por cobrar derivada del mutuo, si el título subyacente está igualmente sujeto al ajuste.<sup>79</sup>

Lo devengado por los títulos, y los pagos hechos por el emisor, se transforman para el prestamista del título en una ganancia de capital no realizada ni disponible. Su acreencia frente al emisor se incrementa con ocasión de lo devengado por el título y de lo pagado por el emisor. Es

---

78 Los intereses, como frutos civiles, se reputan adquiridos día por día (CCV art. 552).

79 Ver *post* sección V.2.

decir, la cuantía la acreencia del prestamista está determinada por (i) el valor de mercado de los títulos valores, más (ii) lo devengado por los títulos, y más (iii) lo pagado por el emisor.<sup>80</sup> Pero, hasta tanto el prestatario no devuelva al prestamista los títulos y reembolse lo pagado por el emisor, el prestamista no tendrá una ganancia disponible por estos conceptos. Se trata en todo caso de ganancias de capital no realizadas ni disponibles. No será sino hasta la fecha de vencimiento del mutuo, cuando el prestamista realiza una ganancia o una pérdida por estos conceptos.

La Ley de Impuesto Sobre la Renta grava los enriquecimientos “netos y disponibles” (LISR art. 1), no los incrementos de valor de los bienes de un contribuyente. Esos incrementos de valor, aunque representan verdaderos enriquecimientos, no son enriquecimientos disponibles, pues no se encuentran ni jurídica ni económicamente a la disposición del contribuyente. Esas plusvalías no serán gravables hasta tanto se produzca el pago, o hasta que se realice una operación que las haga disponibles, es decir, que las separe del bien que la produjo, convirtiéndolas en un valor de cambio.<sup>81</sup>

---

80 Además del título valor, constituye objeto del préstamo de valores lo devengado por el título y los pagos hechos por el emisor correspondiente a los frutos devengados durante la vida del préstamo.

81 De acuerdo con el principio general consagrado en el art. 5 de la LISR, los enriquecimientos son disponibles en el momento que son “pagados”, o “desde que se realicen las operaciones que los producen”. La realización de la operación que produce un enriquecimiento se entiende como la separación del bien que produjo el enriquecimiento, convirtiéndola en un valor de cambio (P. Tinoco, *Comentarios a la Ley de Impuesto Sobre la Renta de Venezuela*, pp. 134 y 135, Vol. I, Madrid, 1955).

El reembolso de los pagos efectuados por el emisor, no necesariamente tiene el mismo tratamiento impositivo para el prestamista que para el propietario del título valor. Para el prestamista, el reembolso constituye una ganancia de capital que realiza al vencimiento del préstamo, mientras que para el prestatario o propietario del título valor, los pagos del emisor son intereses o dividendos. Si el pago del emisor está exento o sujeto a un impuesto proporcional, no necesariamente su reembolso lo estará para el prestamista. Salvo que las ganancias de capital del título valor estén exentas de impuesto, el prestamista debe reconocer como parte del ingreso bruto a los efectos de calcular la ganancia de capital, los reembolsos de intereses o dividendos, independientemente del tratamiento impositivo de los intereses o dividendos. Es posible sin embargo, que el prestamista se reserve los frutos del título valor, en cuyo caso sí se aprovecha del tratamiento impositivo de los frutos.

Distinto es el premio o contraprestación que paga el prestatario. Para el prestamista, dicho premio o contraprestación constituye un fruto del mutuo y, por lo tanto, es disponible en la fecha valor o en la medida que es devengado, según se haya establecido como una comisión o como un interés.

El prestatario, como propietario del título, puede tener una ganancia o pérdida de capital, no realizada ni disponible, representada por la variación en los valores de mercado de los títulos. Pero, respecto de lo devengado por los títulos o lo pagado por el emisor, tendrá un ingreso disponible y una deuda frente al prestamista por los mismos conceptos. Lo que debe reembolsar al prestamista no será deducible hasta tanto haga el pago.<sup>82</sup> No obstante, lo más común es que el prestatario disponga del título durante la vida del préstamo, pues normalmente utiliza el título prestado para obtener un financiamiento (reporto) o para efectuar una venta al descubierto (venta en corto). En estos casos, el prestatario no tendrá un ingreso por lo devengado por un título que no tiene, ni por lo pagado por el emisor. Sí tiene en cambio una deuda frente al prestamista por lo pagado por el emisor y por lo devengado por el título.

---

82 La cuenta o cuentas por cobrar derivadas del mutuo de un título valor no tiene la misma naturaleza que el título valor. El propietario del título valor durante la vida del mutuo es el prestatario y no el prestamista, pues éste se desprende de la propiedad del título hasta que lo recibe en pago al final del préstamo. Por efecto del mutuo del título valor, el prestatario deviene en acreedor de un préstamo de dinero frente al emisor del título. El prestamista, en cambio, es acreedor de un título valor y no de un préstamo de dinero directo. El objeto del crédito de uno y otro es distinto, uno tiene por objeto una suma de dinero, el otro un título valor. Lo devengado bajo el préstamo de dinero serían los intereses, los cuales representan cantidades que se determinan en proporción a la cuantía del préstamo y el transcurso del tiempo. Lo devengado bajo el préstamo de un título valor, sería el premio o contraprestación que se puede fijar como una cantidad fija o como una cantidad relativa determinada de acuerdo con el valor de los títulos, pero que es independiente de lo devengado por el título mismo. Por lo tanto, durante la vida del préstamo serían disponibles para el propietario de un título valor de deuda, como acreedor de un préstamo de dinero directo, los intereses pagados y los devengados por el título en el ejercicio gravable – como contrapartida el prestatario debe reconocer una deuda frente al prestamista. Para el prestamista de ese mismo título valor, sería disponible únicamente la porción de la contraprestación del préstamo devengada en el ejercicio y no lo devengado por el título, lo devengado y lo pagado por el título formaría parte de su acreencia contra el prestatario, pero no sería ingreso disponible.

## 2. Ajuste por inflación

El reajuste regular por inflación a efectos fiscales (“RRI”) se debe verificar sobre algunos rubros que componen a los estados financieros, concretamente, sobre el patrimonio neto existente al inicio del ejercicio, y, sobre los activos y pasivos no monetarios existentes al cierre del ejercicio. El RRI se realiza al final del ejercicio, mediante la aplicación del porcentaje de variación anual del Índice de Precios al Consumidor para el Área Metropolitana de Caracas, desde el momento del inicio del ejercicio, o desde la adquisición hasta el cierre del ejercicio, para el caso de los activos y pasivos no monetarios; y, desde inicio hasta el cierre del ejercicio, para el caso del patrimonio neto (LISR arts. 120 y ss.; Reglamento LISR [RLISR] arts. 99, 107 y 108).<sup>83</sup> Se consideran activos y pasivos no monetarios aquellas partidas del balance general que por su naturaleza y características son susceptibles de protegerse contra la inflación, tales como terrenos, construcciones, inversiones y los créditos y deudas reajustables o en moneda extranjera, y en tal virtud generalmente representan valores reales superiores a los históricos con los que aparecen en los libros de contabilidad del contribuyente (LISR art. 120 Parágrafo Segundo; RLISR art. 98 Parágrafo Primero). Por su parte, se consideran activos y pasivos monetarios las partidas del balance general del contribuyente que representen valores nominales en moneda nacional o que al momento de liquidarse se hacen por el mismo valor histórico con los que estén registrados (RLISR art. 120 Parágrafo Segundo).

### a. Préstamo de títulos de renta fija

Si el préstamo es de títulos de renta fija, el prestatario o propietario de los títulos no debe reajustar estos activos. Los títulos representativos de deudas denominadas en moneda nacional constituyen activos monetarios no sujetos RRI.

Los títulos valores representativos de deudas de dinero son activos monetarios, ya que representan valores nominales en moneda nacional que al momento de liquidarse se hacen por el mismo valor histórico con los que están registrados (RLISR art. 98 Parágrafo Segundo).<sup>84</sup> Si el título

83 Decreto No. 2862 del 18.03.93 (G.O. No. 4547 extra del 25.03.93).

84 No debe confundirse la definición contable con la definición legal de activos y pasivos no monetarios. A efectos de impuesto sobre la renta, un activo es no



de renta fija está denominado en moneda extranjera entonces sí está sujeto a RRI (LISR art. 136). El ajuste se hace en base a la variación del tipo de cambio, sin considerar el precio de mercado.<sup>85</sup>

#### **b. Préstamo de títulos de renta variable**

Las acciones que cotizan en Bolsas de Valores no están sujetas a la mecánica de reajuste, por tener un tratamiento de excepción en la legislación tributaria. Si estarían sujetos al ajuste, en cambio, los demás títulos valores “no monetarios” que coticen o se enajenen a través de bolsas de valores de Venezuela, de acuerdo a su cotización al cierre del ejercicio (LISR art. 135). La disposición no aclara qué debe entenderse por “títulos valores no monetarios”, por lo que suponemos que el Reglamento incluirá una definición. En nuestra opinión, esta disposición no abarca las acciones que se cotizan en Bolsas de Valores.<sup>86</sup>

---

monetario si es susceptible de protegerse contra la inflación. A efectos contables, un activo es no monetario si no tiene un valor monetario fijo. La definición legal tiene que ver con inflación, la definición contable tiene que ver con valores de mercado. Así, es posible que contablemente un activo o pasivo típicamente monetario fiscalmente, sea no monetario a efectos contables. Por ejemplo, un bono negociable que se espera tener hasta el vencimiento (*debt securities held to maturity*), se clasifica como monetario; y si la inversión en el bono es especulativa (*trading securities - available for sale*), se clasifica como no monetario y como tal se contabiliza a su valor de mercado (Financial Accounting Standard – FAS §115). A efectos fiscales, un bono denominado en moneda local - moneda contable del contribuyente - será siempre un activo monetario.

85 Salvo que los mismos sean considerados como “títulos valores no monetarios” que cotizan en una Bolsa de Valores nacional (ver *post* sección V.2.b).

86 Hasta tanto el Reglamento defina el término, el mismo se referirá a “títulos valores”, entendidos éstos como “las inversiones del activo del contribuyente representativas de acciones de sociedades, bonos y demás títulos adquiridos que se hayan emitido en masa y posean iguales características y otorguen los mismos derechos dentro de su clase” (RLISR Artículo 98 Parágrafo Séptimo), que además “por su naturaleza o características son susceptibles de protegerse contra la inflación” (LISR art. 120 Parágrafo Segundo). Sería el caso por ejemplo de títulos de renta fija denominados en moneda extranjera que se negocien en Bolsa. También podrían considerarse “títulos valores no monetarios” ciertos valores que cotizan en las Bolsas Agrícolas, específicamente en la Bolsa de Productos e Insumos Agropecuarios de Venezuela - Bolpriaven, tales como los certificados ganaderos y los certificados de depósito referidos a productos agrícolas (no futuros, opciones y otros derivados que dan lugar a cuentas contingentes).

Las acciones que cotizan en Bolsas de Valores nacionales tributan en base a un impuesto proporcional, no progresivo. En efecto, los ingresos derivados de la enajenación de dichas acciones está sujeta a un impuesto proporcional del 1%, aplicable al monto del ingreso bruto de la operación (LISR art. 77). En consecuencia, tienen un régimen distinto a la mayoría de los enriquecimientos pechados por el tributo rentístico, los cuales tributan con un impuesto progresivo (LISR arts. 50 y 52).

El RRI tiene entre sus objetivos reexpresar los valores de los bienes y deudas expuestos a los efectos de la inflación o devaluación, a fin de gravar ganancias reales (descontado el efecto inflacionario) en lugar de las ganancias nominales. Concretamente, se reexpresa el costo de los bienes, de forma tal que la ganancia gravable se obtendrá al determinar la diferencia entre el precio de enajenación de los bienes, menos el costo actualizado. Antiguamente, la ganancia gravable era igual al precio de enajenación menos el costo histórico -sin tomar en cuenta la inflación-, lo cual evidentemente abultaba las ganancias de manera ficticia. El aumento de valor (a fines fiscales) que obtienen los bienes sujetos a reajuste, tributa con tarifa ordinaria. No tiene sentido entonces que las acciones que cotizan en las Bolsas de Valores estén sujetas a la mecánica del RRI, en vista que el impuesto aplicable a las ganancias derivadas de su venta es siempre 1%, independientemente del valor de mercado de las acciones y de la inflación acaecida.

La anterior argumentación adquiere mayor sentido si se piensa que el impuesto del 1% sobre esta categoría de activos, recae sobre los ingresos brutos (precio de venta), independientemente del costo de las acciones. Como habíamos señalado, el RRI apunta a la reexpresión de los costos de los bienes. No se justifica que se reexprese el costo de las acciones si en definitiva el costo no se toma en cuenta para la imposición de la tarifa del 1%.<sup>87</sup>

---

87 Por motivos similares es que se excluyen del RRI, los enriquecimientos presuntos (LISR art. 139), donde el legislador asume que una fracción determinada de los ingresos brutos es enriquecimiento neto. No tiene sentido sujetar al RRI enriquecimientos donde se desconocería el costo ajustado por efecto del reajuste. En este caso, a diferencia de las acciones que cotizan en Bolsas de Valores, la exclusión de la mecánica del ajuste es reconocida expresamente por el legislador.

### c. Cálculo del patrimonio neto

En principio, el prestatario deberá computar el valor del título a los fines del cálculo del patrimonio neto. Sin embargo, los títulos exentos de impuesto y las acciones que cotizan en Bolsa de Valores, se excluyen del cálculo del patrimonio neto. Las cuentas por pagar y por cobrar derivadas del préstamo de valores deben computarse a los efectos de calcular el patrimonio neto.

El prestatario, como propietario de los títulos valores durante el mutuo, debe computar el valor de los títulos a los efectos de calcular el patrimonio neto.<sup>88</sup> Si el objeto del mutuo son títulos cuyos enriqueci-

---

88 Bajo la Ley de Impuesto Sobre la Renta de 1991 en cambio, se excluían los títulos valores para el cálculo del patrimonio neto (LISR de 1991 art. 102). Además, la LISR excluía a los títulos valores de la definición de activos no monetarios (LISR de 1991 art. 103). La intención del legislador en 1991 era excluir del cálculo del patrimonio neto los títulos valores, para lo cual excluía adicionalmente la calificación de activo no monetario de los títulos valores. El legislador en 1994 modificó el tratamiento, de forma tal de incluir el cómputo de los títulos valores dentro del patrimonio neto (LISR de 1994 art. 103), y considerarlos como activos de carácter no monetario (LISR de 1994 art.102 lit. c). No obstante, hay quienes han pretendido excluir los títulos valores a los fines del cálculo del patrimonio neto, visto la existencia de una disposición reglamentaria, promulgada mientras estaba vigente la LISR en 1991. Concretamente, el Reglamento de la LISR decretado en marzo de 1993, establece que la desincorporación de ciertos activos y pasivos no monetarios, tales como los títulos valores y otros activos, deberán determinar una disminución o aumento del monto del patrimonio neto, según el caso (RLISR art. 98 Parágrafo Quinto). Rechazamos la anterior interpretación. La norma de rango sub-legal (reglamentaria) fue dictada para desarrollar o ampliar una norma de carácter legal. Cuando fue modificada la norma legal para incluir a los títulos valores dentro del cálculo del patrimonio neto, quedó tácitamente derogada la norma de rango sub-legal en lo que se refiere a los títulos valores. En efecto, la derogatoria de una norma jurídica solo puede verificarse por una norma jurídica de categoría igual o superior. La derogatoria puede ser expresa, cuando una ley nueva tiene un precepto especial que deja sin vigencia una norma jurídica anterior, o puede ser tácita, cuando existe incompatibilidad entre los preceptos de una ley anterior y de una ley posterior, sin que la posterior contenga cláusula derogatoria expresa, ni haga incluso alusión alguna a la ley anterior (J. Sánchez Cobisa, *La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*, p. 79 y ss., Caracas, 1976). Si el fenómeno de la derogatoria tácita de una norma jurídica se produce entre normas de rango legal, con más razón se produce entre normas de rango sub-legal que colindan con normas de rango legal.

mientos sean presuntos, exentos o exonerados del impuesto, entonces deben excluirse del cálculo (LISR art. 132). Tal sería el caso de ciertos bonos emitidos por la República, y de las acciones cotizadas en Bolsas de Valores.<sup>89</sup> Dichos títulos deberán excluirse a los fines del cálculo del patrimonio neto y no estarán sujetos a la mecánica de reajuste.

Las cuentas por pagar y por cobrar que se generen por el mutuo de títulos valores también se toman en cuenta a los efectos de calcular el patrimonio neto, independientemente de la naturaleza de los títulos que sean objeto del mutuo. Como señalamos anteriormente, la cuenta por cobrar y la cuenta por pagar derivada del mutuo no tiene la misma naturaleza jurídica que el título valor subyacente. El mutuo de un título valor exento no necesariamente es un mutuo exento.<sup>90</sup> Sin embargo, el prestamista no podrá computar el activo si la cuenta por cobrar la mantiene frente a una empresa accionista o afiliada o frente a un administrador, caso en el cual deberá excluirse a los efectos del cálculo del patrimonio neto (LISR art. 132).<sup>91</sup>

---

89 Nuestra conclusión es la misma, no obstante que a partir del 1 de enero de 2000 los dividendos están sujetos a impuesto sobre la renta (LISR art. 149). No hay duda que para el prestatario la tenencia de los títulos valores no es para lucrarse de los dividendos sino, en todo caso, para especular, lo cual sí da lugar a ganancias no sujetas a ISR (LISR art. 77). (ver en este sentido, A. Mantilla, *Comentarios a la Ley de Impuesto Sobre la Renta de 1999*, p. 214, Caracas, 2000).

90 Ver *supra* sección V.1.b.

91 Es cuestionable la constitucionalidad de esta exclusión contemplada en el art. 132 de la LISR, por contrariar el principio de capacidad contributiva (Constitución Nacional, art. 314). En efecto, la norma establece la exclusión de los activos representados en cuentas o efectos por cobrar a administradores, accionistas o empresas afiliadas, del lado del activo, pero no del lado del pasivo, a los efectos de la determinación del patrimonio neto.

Se contraría el principio de la generalidad del tributo porque se grava a cierta categoría de sujetos en mayor proporción que otros, por aplicación de una discriminación sin fundamentación económica alguna. Aparentemente, el legislador estableció la referida exclusión para evitar que ciertos contribuyentes abultaren sus activos monetarios y su patrimonio neto mediante la creación de cuentas o efectos por cobrar a administradores, accionistas y empresas afiliadas. Al pretender el legislador evitar este tipo de situaciones, se creó una inequidad para aquellos contribuyentes que tuvieron que efectivamente prestar dinero o efectos comerciales a los referidos sujetos. Se viola además el principio de la capacidad contributiva porque se pecha a ciertos contribuyentes en una medida superior a su riqueza. Al establecer el legislador unas exclusiones al patrimonio sin justificación alguna, se

#### **d. Ajuste de las cuentas derivadas del contrato de préstamo de valores**

Como sea que en el mutuo el prestamista tiene derecho a recibir bienes de la misma calidad y cantidad de los que entregó, el prestamista tiene una acreencia o cuenta por cobrar contra el prestatario. En el préstamo o mutuo, el derecho de propiedad del prestamista sobre un título valor, que representa un derecho de crédito frente al emisor del título, se transforma en una cuenta por cobrar o derecho de crédito frente al prestatario.

La segunda parte del contrato de préstamo o mutuo es similar a un contrato de compra con entrega futura (*delivery forward*). A cambio de un precio efectivo del día de hoy, el prestamista recibe una promesa de un bien determinado en un plazo, cuyo valor monetario al fin del mismo se desconoce. La promesa que da lugar a la cuenta por cobrar se refiere a un bien, no a una suma de dinero. En consecuencia, podría argumentarse que como el valor de la inversión o acreencia del prestamista depende del valor del activo subyacente, a efectos fiscales, ese activo –así como el pasivo del prestatario– debe ajustarse al mismo valor. El valor de la acreencia estará determinada entonces por el valor de mercado de los títulos que son objeto del préstamo más lo devengado por los títulos, independientemente de su pago por el emisor. Así las cosas, podría considerarse que el mutuo da lugar a una “deuda pactada con cláusula de ajustabilidad” a efectos fiscales, o como se conoce en doctrina, una “deuda de valor”. En el mutuo, el prestatario se libera entregando la cosa recibida (pago en especie), o su valor de mercado (pago en equivalente). El tratamiento fiscal de este tipo de activos es igual al de las obligaciones en moneda extranjera (LISR art. 136).<sup>92</sup> De la misma manera, el pasivo o

---

subestima el importe del mismo, produciéndose un desbalance en la contabilidad fiscal en perjuicio de los contribuyentes. Para cumplir con los referidos principios, el legislador debió abstenerse de hacer la referida discriminación o eliminar del cómputo del patrimonio neto los referidos bienes tanto del lado del activo como del lado del pasivo.

92 De acuerdo con el art. 136 de la LISR: “Se acumulará en la partida de Reajuste por Inflación, como un aumento o disminución de la renta gravable, el mayor o menor valor que resulte de actualizar las *inversiones o acreencias en moneda extranjera o pactadas con cláusulas de ajustabilidad*, existentes al cierre del ejercicio gravable, según la cotización de la respectiva moneda extranjera a la fecha del balance o según la cláusula de reajustabilidad pactada, respectivamente.” (cursivas nuestras).

cuenta por pagar a cargo del prestatario estaría sujeta a reajuste según la cotización del título subyacente (LISR art. 135).<sup>93</sup>

Al celebrarse el contrato de mutuo, el prestamista recibe una cuenta por cobrar en el futuro cuyo valor es totalmente incierto al vencimiento de la misma. Cuando el título subyacente es un título de renta fija, el valor de la cuenta por cobrar frente al prestatario no necesariamente es igual a la cuenta por cobrar frente al emisor del título subyacente, pues el título de renta fija puede tener un precio de mercado que no necesariamente corresponde al valor facial del título. El precio del título puede verse afectado por otras consideraciones, por ejemplo, por las tasas de interés prevalecientes en el mercado en un momento dado (e.g. diferencias entre las tasas de mercado y el cupón del título), la percepción de riesgo del emisor, cambios en el tratamiento fiscal de los títulos, etc. Es decir, el valor de la acreencia derivada del préstamo o mutuo, no necesariamente coincide con el valor fiscal del título subyacente.

No obstante lo anterior, somos de la opinión de que, si el mutuo tiene por objeto títulos valores que no están sujetos a reajuste, como sería el caso de un título valor de renta fija denominado en moneda nacional, el activo y el pasivo derivados del contrato de préstamo tampoco están sujetos a reajuste. Entre otras, por las siguientes razones:

- i) Las cuentas derivadas del mutuo de títulos no son activos o pasivos no monetarios, en el sentido de que no necesariamente se autoprotegen contra la inflación ni representan valores reales superiores a los históricos que aparecen en los libros y registros de contabilidad del contribuyente (LISR art. 120 Parágrafo Segundo).
- ii) Los ajustes a fines fiscales en Venezuela solamente se efectúan en base a los índices oficiales que publica el Banco Central de Venezuela. Es decir, con base al IPC, para el caso los ajustes por inflación (LISR arts. 127 y 129); o con base a la cotización de la moneda, para el

---

93 LISR art. 135: “Se acumulará en la partida de Reajuste por Inflación, como un aumento o disminución de la renta gravable, el mayor o menor valor que resulte de ajustar las *deudas y obligaciones en moneda extranjera o pactadas con cláusula de reajustabilidad, existentes al cierre del ejercicio tributario, según la cotización de la respectiva moneda extranjera a la fecha del balance o según el reajuste pactado...*” (cursivas nuestras).

caso de activos y pasivos en moneda extranjera (LISR arts. 135 y 136). El tipo de cambio será aquél que establezca el Banco Central de Venezuela como tipo de cambio único o en su defecto, al que se considere más representativo del tipo de cambio al que se realizan los activos o se cancelan los pasivos (D.P.C. No.13 §6).

En nuestra opinión, si el mutuo o préstamo se refiere a activos cuyo valor razonable no puede ser determinado con precisión, porque no existe una cotización oficial o porque no existe un mercado desarrollado de esos activos, entonces la inversión o el pasivo deben registrarse a valores históricos y posponer el reconocimiento de la ganancia o la pérdida a la ejecución del contrato. Se trata entonces de una laguna legal.

- iii) El ajuste de obligaciones o acreencias pactadas con cláusulas de reajustabilidad previsto en la Ley de Impuesto Sobre la Renta parece referirse a obligaciones de dinero cuya cuantía se fija en base a un índice, no a obligaciones o acreencias en especie. Los artículos 135 y 136 de la Ley, así como los artículos 105 y 108 del Reglamento hacen referencia a obligaciones y acreencias “pactadas con cláusulas de reajustabilidad”. De una interpretación estrictamente literal de estos artículos, no puede concluirse los contratos cuya prestación sea en especie son contratos sujetos a cláusula de reajustabilidad. Las cláusulas de reajustabilidad o cláusulas de valor son una fórmula comercial dirigida al ajuste del valor de una obligación ordinariamente sujeta a la rigidez del nominalismo (i.e. obligaciones de dinero), y donde el monto de la obligación va definida en relación a un valor de referencia, pero la misma se cumple convirtiendo el valor de referencia en una suma de dinero y pagando precisamente esa suma de dinero.<sup>94</sup> Es decir, las cláusulas de valor se utilizan exclusivamente en contratos cuya prestación es en dinero, no en especie, como es el caso del mutuo de títulos valores.
- iv) No tiene sentido someter a ajustes según valores de mercado cuentas por cobrar o pagar de cosas que, de estar en el patrimonio del contribuyente, se ajustan de acuerdo al IPC o no se ajustan. Así por

---

94 J. Rodner, *El Contrato y la Inflación - El Uso de las Cláusulas de Valor en Venezuela*, p. 106, Caracas, 1983.

ejemplo, de acuerdo con este criterio, si el contribuyente entrega en mutuo mercancías, ajustaría la cuenta por cobrar derivada del mutuo según el valor de mercado de las mercancías, mientras que las mercancías similares que permanezcan en su patrimonio se ajustarían por el IPC como parte del inventario.

Resulta lógico entonces que si el préstamo tiene por objeto un título que sí está sujeto a RRI, la cuenta por pagar y la cuenta por cobrar derivadas del contrato deben ajustarse de la misma forma como se ajusta el título.<sup>95</sup> El prestatario ajustaría la cuenta por pagar de la misma forma que ajusta el título, de forma que si retiene los títulos el efecto en la cuenta de reajuste será neutro. Por su parte, el prestamista ajusta la cuenta por cobrar frente al prestatario de acuerdo con la cotización de los títulos, como si tuviera los títulos en su poder.<sup>96</sup>

El prestamista debería registrar como partida o subpartida del activo la cuenta correspondiente a la acreencia referida al título valor, y como subpartidas aparte los intereses acumulados sobre el título valor, si son títulos de deuda, o los dividendos pagados, si son acciones. Si el título está sujeto a RRI, entonces el prestamista ajustaría solamente la cuenta correspondiente al título valor y no las demás cuentas.<sup>97</sup>

95 Podría argumentarse que, incluso si el título está sujeto a RRI, ajustar la cuenta cobrar del prestamista sería contrario a la sustancia económica de la transacción (i.e. la renuncia por el prestamista de la facultad de decidir un resultado). No sería por lo tanto confiable, en el sentido de que no reflejaría la imagen fiel del patrimonio del prestamista, de su situación financiera. Si bien es cierto que los títulos valores se deben valorar a su precio de mercado, es porque su titular puede disponer de ellos, si renuncia a esta posibilidad, entonces no deberían valuarse a ese precio. Además, el valor justo de la promesa del prestatario es el valor presente de los flujos de efectivo del futuro, los cuales no pueden predecirse, y el precio de mercado de los valores no es relevante para el prestamista, porque no están disponibles para él.

96 Se ajustarían entonces las cuentas por pagar y por cobrar de contratos de mutuo que tengan por objeto "títulos valores no monetarios" (LISR art. 135) ó títulos valores denominados en moneda extranjera. Si se trata de títulos "no monetarios" se ajustarán de acuerdo a su cotización en Bolsa. Si se trata de títulos en moneda extranjera, se ajustan de acuerdo a la variación en la tasa de cambio y si cotizan en una Bolsa nacional, de acuerdo con su valor de mercado. El ajuste a fines fiscales debe excluir lo devengado por los títulos valores (si es el caso).

97 El MCCNV sugiere el registro en cuentas nominales (gastos e ingresos) lo correspondiente a intereses y dividendos acumulados sobre los títulos valores objeto de las operaciones de mutuo (MCCNV §3.0330).



### e. Préstamos de títulos en moneda extranjera

Los títulos en moneda extranjera están sujetos al sistema de RRI de acuerdo con la variación en la cotización de la moneda al final del ejercicio, salvo que se trate de inversiones que no estén destinadas a la producción de enriquecimientos sujetos a impuesto sobre la renta o estén situadas fuera del país.<sup>98</sup>

En principio, los activos y pasivos en moneda extranjera están sujetos a reajuste de acuerdo con la variación de la cotización de la moneda. Establece la Ley de Impuesto Sobre la Renta que se debe acumular como un aumento o disminución de la renta gravable el mayor o menor valor que resulte de actualizar las inversiones o acreencias en moneda extranjera, según la cotización de dicha moneda a la fecha del cierre del ejercicio (LISR art. 136). Igualmente, establece que se acumulará como un aumento o disminución de la renta gravable, el mayor o menor valor que resulte de actualizar las obligaciones en moneda extranjera o con cláusula de reajustabilidad, según la cotización de la moneda extranjera a la fecha del cierre del ejercicio (LISR art. 135).

La Ley de Impuesto Sobre la Renta dispone además que se excluirán a los fines de la determinación del patrimonio neto los bienes, deudas y obligaciones aplicados en su totalidad a la producción de enriquecimientos presuntos, exentos o no sujetos a impuesto, o que estén ubicados fuera del país (LISR art. 132). En este supuesto se establece una excepción al principio general o una precisión respecto de los activos y pasivos que deberán tomarse en cuenta para la determinación del patrimonio neto. Por tanto, no forman parte del patrimonio neto ciertos activos y pasivos, a saber: (i) los destinados a enriquecimientos presuntos<sup>99</sup>; (ii) los destinados a enriquecimientos exentos, donde existe una dispensa general del cumplimiento de la obligación por parte del legislador (Código

---

98 Respecto de las cuentas derivadas del préstamo de títulos en moneda extranjera, ver *supra* sección V.2.d.

99 Se trata de aquellos enriquecimientos donde el legislador asume *jure et de jure* (sin admitir pruebas en contrario) cuales son los costos y gastos aplicables al ingreso generado en la operación. En tales actividades el legislador asume que un porcentaje determinado de los ingresos brutos es enriquecimiento neto (e.g. asistencia técnica, servicios tecnológicos, regalías), y se calcula el impuesto a pagar sobre dichos porcentajes.

Orgánico Tributario [COT] art. 64)<sup>100</sup>; (iii) los destinados a enriquecimientos no sujetos al impuesto;<sup>101</sup> y (iv) los ubicados fuera del país.<sup>102</sup>

La razón de lo anterior, en nuestro parecer, obedece a que el sistema de ajuste por inflación determina unas variaciones en la estructura de ganancias y pérdidas de la compañía. Mal podría estar sujeto a este sistema activos y pasivos que no generan ganancia gravable o que tienen su propio sistema de determinación de ingresos, costos y deducciones.

Tampoco están sujetos a reajuste las inversiones y acreencias en moneda extranjera, representadas en títulos valores en tanto no estén destinadas a la producción de enriquecimientos sujetos a impuesto sobre la renta o de fuente territorial. Obsérvese que lo importante es que los activos no estén destinados a la producción de enriquecimientos gravables, no si generan ganancia gravable en la actualidad. Podrían no generar ganancia gravable en el presente y sí estar sujetos a reajuste (e.g. inversión en acciones nacionales o en inmuebles). El caso de títulos soberanos exentos de impuestos nacionales, se excluyen del patrimonio neto y del reajuste por tratarse de activos generadores de enriquecimientos exentos. Igualmente, si los títulos dan lugar a enriquecimientos de fuente extraterritorial, aunque sean ingresos gravables para personas residentes o domiciliadas en el país (LISR art. 1), tampoco están sujetos al sistema ajuste (LISR art. 4).<sup>103</sup>

---

100 Se trata de situaciones donde surge o nace la obligación tributaria pero cuyo cumplimiento es condonado por la Ley.

101 A diferencia de los anteriores, no son relevantes para el mundo tributario. La obligación tributaria no nace, no existe. En las anteriores situaciones debía consagrarse una excepción al principio general que determina cuales activos y pasivos formar parte del patrimonio neto. Se trata de bienes y obligaciones generadores de ganancias limitadas (enriquecimientos presuntos), y de bienes y obligaciones generadores de ganancias no relevantes a fines tributarios (enriquecimientos exentos o no sujetos a ISR en Venezuela). En ambos casos, el reglamentista determinó que debían excluirse para el cálculo del patrimonio neto.

102 En el caso de títulos valores, se consideran situados en el lugar de pago (Código Bustamante art. 107), que es independiente de la ley aplicable o la jurisdicción competente (Ley de Derecho Internacional Privado arts. 29, 30 y 40).

103 De acuerdo con el art. 4 de la LISR, los enriquecimientos netos sujetos a impuesto sobre la renta son “los incrementos de patrimonio que resulten después de restar los ingresos brutos, los costos y deducciones permitidos, *sin perjuicio, respecto del enriquecimiento neto de fuente territorial, del ajuste por inflación.*” (cursivas nuestras).

### **3. Impuesto al Valor Agregado**

Ni la transmisión del título, ni el pago de la prima, canon o interés por el préstamo de valores están sujetos a Impuesto al Valor Agregado (“IVA”).

El IVA grava la enajenación de bienes muebles, la prestación de servicios y la importación definitiva de bienes y la importación de servicios (Decreto con Rango de Ley que Establece el Impuesto al Valor Agregado [LIVA] art. 1).<sup>104</sup> A fines del impuesto en referencia, se equipara el mutuo a una venta (LIVA art. 4.1; Reglamento de la LIVA art. 10.4). No obstante, la venta (y el mutuo) de títulos valores no está sujeta al pago de IVA (LIVA art. 16.2). En consecuencia, tampoco está sujeto al IVA la prima, canon o interés que pague el prestatario al prestamista por el mutuo, independientemente si una de las partes en el contrato es sociedad de corretaje o institución financiera.

### **4. Impuesto a los Activos Empresariales**

El prestamista pagará impuesto a los activos empresariales (“IAE”) por el activo representado por la cuenta por cobrar derivada del contrato. El prestatario, igualmente, debe pagar IAE sobre el valor de los activos recibidos por efecto del mutuo existentes al inicio y cierre del ejercicio.

El IAE se calcula según el valor promedio de los activos existentes al inicio y cierre del ejercicio, siempre que dentro del ejercicio fiscal estén destinados a la producción de enriquecimientos derivados de actividades comerciales, industriales, de minas hidrocarburos y actividades conexas (Ley de Impuesto a los Activos Empresariales [LIAE] arts. 1 y 4).<sup>105</sup>

El prestamista pagará IAE por el activo representado por la cuenta por cobrar derivada del mutuo, existente a la fecha de inicio y cierre del año fiscal. Si la cuenta por cobrar o el título subyacente constituye un activo monetario, estará sujeto a desvalorización (LIAE art. 4 ord. 2). Aunque es discutible, la doctrina más autorizada considera que la

---

104 Decreto No. 126 del 5 de mayo de 1999 (G.O. No. 5.341 Extraordinaria del 5 de mayo de 1999).

105 Decreto No. 1266 del 26.12.93 (G.O. 4654 Extra. Del 01.12.93).

desvalorización es la pérdida de valor por efecto de la inflación a la que están sujetas los activos de carácter monetario, la cual se refleja al cierre del ejercicio. El prestatario, igualmente, debe pagar IAE sobre el valor de los activos recibidos por efecto del mutuo existentes al inicio y cierre del ejercicio, los cuales están sujetos a revalorización o aumento de valor por efecto de la inflación. La revalorización se efectúa siguiendo las reglas del ajuste por inflación de la Ley de Impuesto Sobre la Renta.

En caso de ser el prestamista una institución financiera, se excluirá de la base de cálculo del IAE los activos representativos de activos monetarios, hasta la concurrencia del monto de depósitos o captaciones de los clientes para las respectivas fechas de inicio y cierre del ejercicio. El excedente sí formará parte de materia gravable (LIAE art. 7.a).<sup>106</sup>

### **5. Patente de Industria y Comercio**

La prima o canon que obtenga el prestamista por efecto del mutuo de los títulos valores, deberá formar parte de la base de cálculo o base imponible de la Patente de Industria y Comercio ("PIC"). Los pagos del emisor del título durante el plazo del préstamo forman parte de la base imponible de la PIC para el prestatario.

La prima o canon que obtenga el prestamista por efecto del mutuo de los títulos valores, deberá formar parte de la base de cálculo o base imponible de la PIC. Por otra parte, los pagos del emisor del título prestado al prestatario, que es el propietario del título, forman parte de la base de cálculo de la PIC que debe pagar el prestatario.

El impuesto de PIC grava, en términos generales, la realización de actividades industriales, comerciales o de índole similar, ejercidas con fines lucrativos en una determinada jurisdicción territorial. En la mayoría de las Ordenanzas Municipales que consagran la PIC se establece que la base imponible de las sociedades de corretaje y las instituciones financieras, estará constituido por el monto de los ingresos brutos resultantes de,

---

106 En criterio del Seniat, las casas de bolsa y sociedades de corretaje regidas por la Ley de Mercado de Capitales son también instituciones financieras, por lo tanto también estarían amparadas por esta disposición (Consulta No. 2920-96 del 21.02.97). No obstante, la disposición reduce la base de cálculo en la medida que exceda a los "montos en dinero depositado o captado por o de los clientes" de la institución financiera, lo cual no parece ser aplicable en el caso de sociedades de corretaje.

entre otros, las comisiones percibidas y el producto de la explotación de sus bienes y servicios.<sup>107</sup>

La transferencia de propiedad que se genera por efecto del mutuo, no forma parte de la materia gravable de la PIC para el prestatario.<sup>108</sup> La mayoría de las Ordenanzas de PIC, que establecen su propia definición de ingresos brutos a los fines del cálculo de la base imponible, suelen incluir una definición de ingreso bruto similar al extracto antes citado. Aunque no es del todo claro, estimamos que el mayor valor que eventualmente pudiera llegar a tener los títulos objetos del mutuo, formaría parte de la base de cálculo de la PIC para el prestamista, independientemente de que sea una sociedad de corretaje o una institución financiera. Esto, porque las Ordenanzas suelen establecer una definición muy amplia de ingresos brutos para el caso de las anteriores empresas.

---

107 e.g. Ordenanza de PIC del Municipio Libertador, art. 36.a.d; Ordenanza de PIC del Municipio Baruta, art. 4.b.e.

108 En efecto, se entiende por ingreso bruto a los fines de la PIC: "...todos los caudales que de manera regular, accidental o extraordinaria, reciba un establecimiento industrial o mercantil por cualquier causa relacionada con las actividades comerciales o industriales a que se dediquen *siempre que su origen no comporte la obligación de restituirlos, en dinero o en especie, a la persona de quien los haya recibido o a un tercero, y no sean consecuencia de un préstamo u otro contrato semejante...*" (Sentencia del 9/8/77 del Tribunal 2do de ISRL; caso: *Corporación Rincón, S.A. vs. Fisco Nacional*, la cual cita parcialmente, a su vez, la Sentencia del 7/10/69 de la CSJ-SPA) (cursivas nuestras).

# Reforma judicial El Consejo de la Judicatura

Arístides Rengel Romberg\*

## Sumario

I. Introducción. II. Un poco de historia. III. La sanción de la Ley de Carrera Judicial el 11 de diciembre de 1980 y la de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura el 24 de agosto de 1988. IV. La naturaleza y estructura del Consejo de la Judicatura. V. La reforma del Consejo de la Judicatura. VI. El Proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura propuesto por los Magistrados del Consejo el 10 de mayo de 1995. VII. El Proyecto de Ley Orgánica Disciplinaria Judicial propuesto por la Fracción Parlamentaria del Partido Social Cristiano (COPEI) el 4 de julio de 1995. VIII. El Proyecto unificado del 3 de julio de 1996. IX. La propuesta de Reforma Judicial presentada por el Presidente Caldera al Poder Legislativo y a la Corte Suprema de Justicia el 22 de Noviembre de 1996. X. La Reforma de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura sancionada el 25 de agosto de 1998. XI. La eliminación del Consejo de la Judicatura por la nueva Constitución de 1999.

---

\* Doctor en Derecho. Egresado de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Catedrático de Derecho Procesal Civil en la UCV. y en la Universidad Católica Andrés Bello, Caracas (UCAB), decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Monte Ávila, Caracas. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, tratadista de Derecho Procesal Civil.

## I. INTRODUCCIÓN

Ante la grave situación que ha venido viviendo el país desde la década de los años 70 con la denominada “Crisis de la Justicia,” se han venido promoviendo conferencias, entrevistas y encuentros sobre el tema de la Reforma Judicial, caracterizada por una gran diversidad de opiniones, propuestas y proyectos de reforma que van desde aquellas que sugieren una gradual transformación del sistema judicial mediante reformas puntuales que cubran los aspectos más críticos de las diversas leyes que integran el sistema, hasta aquella más radical que sugiere reformar el Poder Judicial mediante una ley de emergencia que suspenda los derechos fundamentales que el ordenamiento jurídico contempla para los jueces y magistrados, sin que se tenga una idea clara y explícita acerca de la posibilidad de tal declaratoria de la emergencia judicial, bajo los supuestos del estado de emergencia previstos en el Título IX de la Constitución de 1961.

A nuestro parecer, la reforma del Poder Judicial debe enfrentarse globalmente, sin que ello exija una declaración de estado de emergencia, cuyas consecuencias son impredecibles, reformando aquellos aspectos de las diversas leyes que lo integran, que han demostrado en la práctica la necesidad de su reforma para asegurar la independencia, eficacia y dignidad de la justicia; aspectos éstos que han venido a menos en las últimas décadas por varias causas, entre ellas: la politización de la justicia, la falta de vocación y de preparación de muchos jueces, la corrupción que ha llegado a sus límites extremos con la práctica del terrorismo judicial, la falta de control de los jueces, la falta de sanción de éstos por el Consejo de la Judicatura, la falta de aplicación de los concursos de oposición previstos en la Ley de Carrera Judicial, la falta de valores morales en jueces que han llegado al extremo de vender las sentencias etc.

Nuestra Constitución del 23 de enero de 1961 establece los principios fundamentales de la organización del Poder Judicial, el cual se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás Tribunales que determine la Ley Orgánica (Art. 204 CN); asegura la autonomía de los jueces, los cuales, en el ejercicio de sus funciones son autónomos e independientes de los demás órganos del Poder Público (Art. 205 CN); dispone que la ley provea el establecimiento de la carrera judicial para asegurar la idoneidad, estabilidad e independencia de los jueces (Art. 207 CN); establece que

los jueces no podrán ser removidos ni suspendidos en el ejercicio de sus funciones sino en los casos y mediante el procedimiento que determine la ley; y finalmente establece que la ley orgánica respectiva creará el Consejo de la Judicatura, cuya organización y atribuciones fijará con el objeto de asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los Tribunales y de garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial. En el Consejo deberá darse adecuada representación a las otras ramas del Poder Público (Art. 217 CN).

La Constitución ha tenido así la virtud de plantear todo el problema de la organización institucional de la administración de justicia en sus dimensiones más importantes, que han sido concretadas ya en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura y la Ley de Carrera Judicial, esta última sancionada el 11 de diciembre de 1980.

Desde el punto de vista institucional estas leyes completan el cuadro necesario para una buena administración de justicia; y es honroso para los venezolanos comprobar en los foros y jornadas internacionales dedicados al examen del Poder Judicial, que muchos países iberoamericanos carecen todavía de un cuadro legal tan completo como el nuestro; y sin embargo, tienen un Poder Judicial independiente, eficaz, ilustrado, honesto, de gran aceptación en sus respectivas sociedades.

Entre nosotros, las instituciones creadas en conformidad con las previsiones constitucionales han venido siendo deformadas por su politización, la corrupción, la falta de ética profesional de jueces y abogados, de tal forma que el factor humano de la justicia ha desbordado los eventuales problemas técnico-jurídicos que puedan señalarse en las leyes existentes, de tal modo que puede decirse que primordialmente las reformas del ordenamiento legal que deben abordarse han de estar orientadas fundamentalmente a evitar la politización y sancionar la corrupción en las instituciones judiciales.

En diversas ocasiones y mediante los medios de comunicación algunas voces han propuesto eliminar del cuadro institucional de la justicia al Consejo de la Judicatura, institución ésta, que a nuestro parecer, es fundamental para asegurar la independencia y eficacia de los tribunales y garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial. De modo que si está funcionando mal, su reforma obliga a enfrentar las causas y



darle la configuración legal apropiada para el desarrollo de su función propia, pues las instituciones, en principio son permanentes, y tanto su eficacia o su mal funcionamiento, dependen generalmente, no de la institución misma, sino del factor humano.

## II. UN POCO DE HISTORIA

Es un hecho notorio en Venezuela, que el Consejo de la Judicatura nació enfermo. Fue creado bajo la primera Presidencia del doctor Rafael Caldera, mediante una apresurada reforma parcial promovida por la oposición política, que modificó el Art. 34 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el 16 de septiembre de 1969, y creó el Consejo de la Judicatura.

Las circunstancias políticas que originaron la apresurada reforma de dicha Ley, las narra el ilustre historiador venezolano Ramón J. Velazquez así:

En las sesiones ordinarias del Congreso se discutió el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el objeto de pasar el nombramiento de los 2.500 o 2.800 jueces a la jurisdicción del Consejo de la Judicatura. Se estableció que este nuevo organismo fuera elegido por el Congreso Nacional, con participación del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, pero de manera tal que el Parlamento tuviera asegurada la mayoría de su representación. En la práctica, en esta oportunidad, los partidos de la oposición iban a tener el control del Poder Judicial (Cfr. Ramón J. Velazquez: "*Aspectos de la evolución política de Venezuela en el último medio siglo*," en *Venezuela Moderna. Medio siglo de historia, 1926-1976*. Fundación Eugenio Mendoza. Caracas. 1976 p. 307).

En efecto, según el sistema anterior, objeto de la reforma, el Ejecutivo Nacional, en el mes de agosto inmediato a la iniciación de cada período constitucional, preparaba una lista de candidatos para cada Tribunal Superior Colegiado, Tribunales Superiores Unipersonales y Tribunales de Primera Instancia, de Distrito o Departamento y de Parroquia o Municipio, y la enviaba a la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, para que ésta nombrara, dentro de los diez días siguientes, las personas que debían constituir dichos Tribunales, quedando los restantes con el carácter de suplentes. En cambio, los jueces de Instrucción

(penales) y los defensores públicos de presos, eran de libre nombramiento y remoción por el Ejecutivo solamente.

El presidente Caldera objetó la reforma por inconstitucional, y la devolvió al Congreso argumentando que el Consejo de la Judicatura debía crearse, pero dentro de un sistema de Carrera Judicial. Si no existe una Ley de Carrera Judicial –decía el presidente– ¿cómo crear entonces el Consejo de la Judicatura?. A su vez, el ministro de Justicia argumentaba también en las sesiones de las Cámaras Legislativas que debían decidir sobre la devolución de la Ley por el Ejecutivo lo siguiente:

Mientras no exista la Ley de Carrera Judicial que sirva de base y soporte al Consejo de la Judicatura, no podrá ser realmente garante de la independencia del Poder Judicial. Nosotros concebimos el Consejo de la Judicatura, no como resultado de un acto legislativo de carácter parcial, sino como algo estrictamente vinculado a la Carrera Judicial, ya que, como lo señala el artículo 217 de la Constitución Nacional, una de las finalidades del Consejo de la Judicatura es garantizar a los magistrados judiciales los beneficios de la Carrera Judicial, y consideramos que si la Constitución Nacional convierte al Consejo de la Judicatura en garante de la independencia, de la eficacia, de la dignidad y del decoro del Poder Judicial, esa finalidad no se logra sólo con la creación de un organismo al cual se traslada la facultad de nombrar los jueces, si previamente no existe una regulación jurídica que establezca los requisitos, las condiciones, las modalidades del ingreso a la Carrera Judicial (Cfr. Gaceta del Congreso. Año 1969, p.p. 320, 370, 380).

El presidente Caldera en su rueda de prensa del 3 de julio de 1969 argumentó lo siguiente:

En el mes de agosto debe elegirse un nuevo Poder Judicial. Los jueces de todas las instancias van a ser designados para el próximo período constitucional. El Gobierno no tiene interés, no desea –mejor dicho– darle al Poder Judicial ningún signo unilateral ni partidista. El Ministro de Justicia ha insitado a los presidentes de las distintas Salas de la Corte Suprema de Justicia con el deseo de que la propia Corte señale cuales son los funcionarios de instancia que han cumplido mejor, y quienes son aquellos que a su juicio no deberían continuar. Ahora, si quiero manifestar lo siguiente, porque es cierto: el país no desearía

que el Poder Judicial sea objeto de reparticiones a base de parcialidades políticas... (Cfr. Rafael Caldera. Habla el Presidente. Diálogo semanal con el Pueblo Venezolano. Tomo I. 1970, p. 210).

Sin embargo, el Congreso, por mayoría absoluta, aprobó nuevamente la reforma. En este caso, el Presidente estaba obligado a poner el "Ejecútese" a la ley o demandar su inconstitucionalidad ante la Corte Suprema de Justicia, vía esta última que siguió el Presidente, pero la Corte Suprema declaró la constitucionalidad de la ley por ocho votos contra siete en decisión del 12 de septiembre de 1969, quedando el Consejo de la Judicatura creado en el Art. 34 de la Ley Orgánica del Poder Judicial así: " Se crea el Consejo de la Judicatura con la organización y atribuciones establecidas en la presente ley, a fin de asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los Tribunales y asegurar a los jueces los beneficios de la carrera judicial en las condiciones que establezca la ley respectiva. El Consejo de la Judicatura funcionará en la capital de la República y estará compuesto de nueve (9) miembros designados así: Cinco ( 5 ) Principales por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa. Dos ( 2 ) Principales por el Congreso de la República y dos ( 2 ) Principales por el Ejecutivo Nacional. Cada uno de los miembros principales del Consejo de la Judicatura, tendrá dos suplentes designados en la misma forma y oportunidad que el respectivo principal".

Así organizado el Consejo de la Judicatura, con el propósito central político e inmediato de despojar al Ejecutivo Nacional y a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de la facultad de nombrar los jueces en el período constitucional del presidente Caldera, sin la creación de la carrera judicial que estableciese las condiciones de ingreso, de permanencia y de salida de los jueces de la magistratura, resultó que fue creado un Consejo a medias, especie de parto prematuro, en el que la criatura carece de miembros esenciales, sin los cuales no puede lograr una vida útil. (Cfr. Rengel Romberg, Arístides. "El Consejo de la Judicatura" en Diario *El Universal* del 4-9-69).

De esta reforma política dijo el doctor Caldera: "En la génesis histórica del Consejo de la Judicatura, desde su primera concepción en la Constitución de 1947, ha estado siempre presente la necesidad de fortalecer al Poder Judicial y de sustraer, en la medida de lo posible, por la misma

integración del Cuerpo, la elección de los jueces a los vaivenes de una cuestión política inmediata; y ha sido este compromiso generacional, el que no han sabido o no han querido acatar las corrientes partidistas predominantes en el mismo, que han desnaturalizado, por la pasión política, la estructura y la función del Consejo” (Cfr. Caldera, Rafael. *Veinte años de vida democrática*. Asociación Venezolana de Ejecutivos. Caracas. 1978. p. 17).

La politización del Consejo de la Judicatura ocasionó la renuncia en marzo de 1973, de su primer presidente electo en el año 1969, doctor Rafael Pizani, por considerar que por la constitución y forma que se le había dado al Consejo, éste no podía cumplir los altos cometidos que la Constitución Nacional dejaba a su cuidado.

La situación del Poder Judicial había alcanzado ya, a los pocos años de la creación del Consejo de la Judicatura tal grado de deterioro, que el siguiente presidente de la República, señor Carlos Andrés Pérez, del partido Acción Democrática, propiciador de la creación del Consejo en las circunstancias señaladas, ofreció en su III Mensaje a la Nación, en el mes de marzo de 1977 la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial para establecer un nuevo sistema en la escogencia y nombramiento de los jueces y la reforma del Consejo de la Judicatura, con una nueva integración que agilice y configure nuevos métodos para la escogencia de los jueces. En esta reforma –expresó el presidente– “propondremos que el Consejo de la Judicatura, con las funciones que actualmente tiene, esté constituido por el presidente y dos vicepresidentes de la Corte Suprema de Justicia, por un representante del Poder Legislativo, elegido de fuera de su seno, quien será el Secretetario Ejecutivo del Consejo y por el Ministro de Justicia en representación del Ejecutivo.” (Cfr. El Mensaje del presidente Pérez en la Revista *Resumen*. Nº 176 del 20-3-77. p. 23). Pero ninguna reforma fue aprobada en el período del presidente Pérez.

A los ocho años de su creación, el doctor Jesús Petit Da Costa, afirmaba:

El Consejo no ha sido capaz de cumplir la misión histórica que estaba llamado a desempeñar; en su seno actúan los intereses partidistas de las corrientes políticas que prevalecen en él; no asegura la independencia del Poder Judicial, ni garantiza a los jueces los beneficios de la carrera; no ha podido asegurar tampoco la eficacia de la justicia,

ni el decoro de los tribunales, y en el seno de éstos se perpetúan algunos jueces venales, incompetentes, sin vocación, tardos en administrar justicia; sin que se inicie el procedimiento destinado a sancionarlos. (Cfr. Petit Da Costa. “¿Qué hacer con el Consejo de la Judicatura?” en Revista Resumen. N° 259 del 22-10-78 p. 23).

En el mismo sentido, la Federación Venezolana de Cámaras y Asociaciones de Comercio y Producción (FEDECÁMARAS), en su XXXIV Asamblea Anual del 11 al 17 de junio de 1978, recoge el cuestionamiento que generalmente se hace a la Administración de Justicia: “por falta de celeridad; porque genera impunidad y por deficiencia moral e intelectual de quienes dispensan la justicia”, y llama la atención acerca de que las fallas de la organización judicial requieren superación y corrección para que la justicia recupere la plenitud de la confianza pública, y para que sus decisiones alcancen el máximo de responsabilidad que corresponde a la normalidad institucional. (Cfr. Baez Finol, Vincencio. “Contribución al desarrollo del foro sobre el Estado Democrático y la Seguridad Jurídica.” p. 37).

En la misma época, el ex-Presidente Rómulo Betancourt, en discurso político en Maracay, el 9-9-78, refiriéndose a la necesidad de una ley que “limpie al Poder Judicial” expresó: “Hay muchos jueces honestos en Venezuela, pero no estoy diciendo nada que no sepan los venezolanos, cuando digo que en los tribunales se negocia con las sentencias condenatorias o absolutorias según el número de billetes que se aporten.” (Cfr. El Discurso en Revista *Resumen*. N° 255. del 24-9-78 p. 9-10.).

III. La sanción de la Ley de Carrera Judicial el 11 de diciembre de 1980 y de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura el 24 de agosto de 1988.

Mientras tanto, fue sancionada la Ley de Carrera Judicial el 11 de diciembre de 1980, bajo la Presidencia del doctor Luis Herrera Campins.

La Ley de Carrera Judicial, en palabras del ministro de Justicia de la época, doctor José Guillermo Andueza, al presentar el Proyecto al presidente del Congreso, doctor Godofredo González:

recoge una vieja aspiración de los miembros del Poder Judicial, como es la de tener una ley de carrera que asegure a los jueces su estabilidad e independencia y permita una adecuada selección que garantice una idónea y eficaz administración de justicia.

Y en efecto, el Art. 1º de la Ley sancionada establece:

La presente Ley de Carrera Judicial tiene por finalidad asegurar la idoneidad, estabilidad e independencia de los jueces y regular las condiciones para su ingreso, permanencia y terminación en el ejercicio de la judicatura, así como determinar la responsabilidad disciplinaria en que incurran los jueces en el ejercicio de sus funciones.

Como el Art. 7º del Proyecto establecía la duración de treinta (30) años para la carrera judicial, era indispensable regular, en las disposiciones transitorias, la situación de los jueces en ejercicio de sus funciones para el momento de entrada en vigencia de la Ley, pues la carrera supone un comienzo y un fin; y conforme al sistema establecido en la Ley, el ingreso a las categorías “A”, “B”, “C” y “D” se hará por Concurso-Oposición, los cuales organizará y dirigirá el Consejo de la Judicatura (Arts. 25 y 26). Por ello, el Proyecto de ley estableció en el Art. 74 de las Disposiciones Transitorias, el sistema de evaluación de los jueces en ejercicio de sus funciones para el momento de la entrada en vigencia de la Ley. En efecto, el mencionado Art. 74 del Proyecto decía: “A los fines del cumplimiento de la presente Ley, en el transcurso de los dos (2) años siguientes contados a partir de su promulgación, el Consejo de la Judicatura procederá progresivamente a una evaluación de los jueces según las siguientes disposiciones...;” de las cuales, sólo mencionaré, a título informativo, las que considero más relevantes:

*Primera.* Formar un cuadro de Antigüedad y otro de Méritos de los jueces actualmente en ejercicio de sus funciones, tomando en consideración para el cuadro de Méritos, las siguientes circunstancias:

- El rendimiento del juez en los tres (3) últimos años del ejercicio del cargo, evaluado como se indica en el Art. 40 de esta ley.
- Los estudios y publicaciones de índole jurídica realizados por el juez en el mismo período.
- El concepto que merezca por su conducta moral.
- Las denuncias, quejas, sanciones y medidas disciplinarias a que haya estado sujeto.
- La celeridad en la tramitación y resolución de las causas y las que se hayan en relación o diferidas las sentencias y la duración de éstas.

*Segunda.* Sacar a Concurso-Oposición los cargos de aquellos jueces cuyos cuadros de méritos no resulten satisfactorios, jueces que no podrán participar en el concurso, y continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que el Consejo de la Judicatura proceda a la provisión del cargo conforme a esta ley.

*Tercera.* Fijar la prioridad de los concursos según las regiones y durante el primer año.

*Cuarta.* Ubicar en el escalafón judicial a los jueces cuyos cuadros de méritos hayan resultado satisfactorios y a los concursantes que hayan resultado favorecidos en el Concurso-Oposición, a los cuales se les asignará la antigüedad correspondiente, etc.

En esta forma se lograba institucionalmente la depuración de aquellos tribunales a cargo de jueces carentes de méritos y se abría la puerta a los Concursos de Oposición para cubrir dichos cargos y poner en marcha la carrera judicial.

Sin embargo, el Congreso de la República no acogió esta disposición transitoria, y el Consejo de la Judicatura no llevó a cabo ninguna evaluación de los jueces, no aplicó el sistema de Concurso-Oposición para proveer los cargos, y se perpetuaron en ellos aquellos jueces elegidos por las fracciones políticas representadas en el Consejo, sin aplicarse a tales jueces las nuevas normas de la Ley de Carrera Judicial. Pero hay más, no conformes los legisladores con los treinta (30) años de duración de la carrera judicial, establecieron en el Parágrafo Único del Art. 7 de la Ley de Carrera Judicial el derecho para los jueces que hubieren cumplido treinta (30) años en la Carrera Judicial, a una prórroga hasta de cinco (5) años más en el ejercicio del cargo, si así lo solicitan con seis meses de anticipación a la fecha en que deban ser jubilados; favoreciendo así al clientelismo político predominante en la provisión de los cargos de jueces.

Fue notoria y muy comentada la objeción de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, el 20 de octubre de 1983, al nombramiento de cuarenta (40) jueces por el Consejo de la Judicatura sin la realización de los respectivos concursos de oposición, fundándose la Corte en un informe requerido a los magistrados José Santiago Núñez Aristimuño, José Agustín Méndez, Gonzalo Rodríguez Corro, Luis H. Farías Mata y Josefina Calcaño de Temeltas, los cuales opinaron que el Consejo de la Judicatura deberá

proceder a realizar los concursos correspondientes para cubrir los cargos de jueces y suplentes, que han sido designados por dicho Cuerpo en forma provisional a partir de la vigencia de la Ley de Carrera Judicial; lo que revela que a tres años de la vigencia de la Ley de Carrera Judicial, el Consejo de la Judicatura obviaba las reglas del Concurso-Oposición designando jueces “provisorios”, cuya provisionalidad se prolongaba *in eternum* contrariamente a lo establecido en la Ley de Carrera Judicial. (Cfr. El Informe de los Magistrados en *El Universal* del 29-10-83. p. 1-12).

Se formaron así, lo que en el ámbito tribunalicio se denominaron “*Tribus judiciales*,” patrocinadas por conocidos políticos, miembros del Congreso de la República unos, y otros en ejercicio de la profesión de abogado, que influían ante el Consejo de la Judicatura para el nombramiento y apoyo de jueces de su tolda política. Se colocaba así a la Justicia en manos de jueces venales, patrocinados por las “*Tribus*”, sin que el Consejo de la Judicatura se atreviera a abrir ninguna investigación, ni a sancionar a ningún juez, pues cada uno de ellos tenía su amparo en el Consejo, según la tolda política a que pertenecía. En otras palabras, no había justicia; o como dijo Betancourt en 1978: “en los Tribunales se negocia con las sentencias condenatorias o absolutorias según el número de billetes que se aporten”.

#### **IV. LA NATURALEZA Y ESTRUCTURA DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA**

La sanción de la nueva Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura el 24 de agosto de 1988 introdujo limitadas reformas, pero necesarias, a nuestro parecer. En efecto, en su Art. 1, al establecer el objeto de la Ley, define al Consejo de la Judicatura como “el órgano administrativo encargado de ejercer el gobierno judicial, conforme a las disposiciones de la Constitución y Leyes de la República”; y en el Art. 79 estableció: “Contra las decisiones dictadas por el Tribunal Disciplinario del Consejo de la Judicatura, podrá interponerse recurso de nulidad por ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, únicamente cuando la sanción impuesta sea de destitución. El término para intentar el recurso será de diez (10) días hábiles, contados a partir de la fecha de su publicación.”



Como hemos observado en otra ocasión (Tratado. Tomo I, n. 60), la mencionada disposición vino a superar la discrepancia surgida entre Magistrados de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema; pues mientras la mayoría de la Sala venía sosteniendo la doctrina según la cual

cuando el Consejo de la Judicatura decide en materia disciplinaria, actúa como órgano jurisdiccional con plena competencia para dictar sentencias con fuerza de cosa juzgada, y por tanto, no puede la Sala considerarse autorizada para actuar como órgano de lo Contencioso-Administrativo y conocer de un recurso cuyo objeto no es la anulación de un acto de carácter administrativo;

en cambio, la minoría ha sostenido que

el Consejo de la Judicatura es un órgano administrativo y no judicial; que la potestad sancionadora y disciplinaria de la administración es de naturaleza netamente administrativa, porque la administración, en ejercicio de esta potestad, no actúa con el objeto de reintegrar el ordenamiento general –como ocurre con la actividad jurisdiccional– sino para cuidar de los intereses que actualiza y reintegrar el ordenamiento jurídico administrativo, por lo que la potestad sancionadora reside en el propio ordenamiento jurídico administrativo, en virtud del cual, la administración no solamente tiene la potestad normativa, sino también la potestad sancionadora, encaminada a reprimir las infracciones del ordenamiento de que es titular. Así pues, para los magistrados disidentes, el Consejo de la Judicatura no es un órgano complejo, sino un órgano de naturaleza administrativa, al cual le han sido confiadas potestades administrativas; y el ejercicio de esas potestades se traduce en actos administrativos, sea cual fuere la forma externa que adopten: reglamentos, sentencias, resoluciones, etc. y por consiguiente, todos sus actos pueden ser impugnados por inconstitucionalidad o ilegalidad ante la Sala Político-Administrativa, por preverlo así el ordinal 12 del Art. 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. (Cfr. *Gaceta Forense*. N° 127. Año 1985 (Tercera etapa) Vol I. pp. 705-727 y votos salvados pp. 728-765).

La mencionada doctrina de los votos salvados de los magistrados Luis H. Farías Mata y Josefina Calcaño de Temeltas, pasó a ser, acertadamente, doctrina unánime de la Corte en Pleno en sentencia de fecha 6 de agosto de 1991 bajo la Ponencia de la magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, fundamentada esencialmente en el Art.79 de la Ley

Orgánica del Consejo de la Judicatura y Art. 42, numeral 12 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que somete a la competencia de la Corte Suprema todas las decisiones del Consejo de la Judicatura. (Cfr. Sentencia en Pierre Tapia. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. 1991 N° 8-9 pp. 99-108).

Otra de las reformas introducidas en la nueva Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura del año 1988 se refiere a la estructura misma del Consejo, reducida ahora a cinco (5) magistrados en representación de las ramas del Poder Público, designados así: tres (3) principales, designados por la Corte Suprema de Justicia, en sesión plenaria, por mayoría calificada de dos tercios de la votación de los magistrados; un (1) principal, designado por el Congreso de la República, por mayoría calificada de dos tercios de la votación parlamentaria; y un (1) principal designado por el Ejecutivo Nacional. Cada magistrado del Consejo tendrá dos (2) suplentes, designados en la misma forma que el respectivo principal. Y finalmente, fue pasado a la nueva Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura el Régimen Disciplinario que contemplaba la Ley de Carrera Judicial, con algunas modificaciones, quedando derogadas las disposiciones pertinentes de dicha Ley de Carrera Judicial.

A estas alturas de las referencias históricas relativas al Consejo de la Judicatura, nos encontramos con que esta institución es todavía duramente objetada, al extremo de pedirse su eliminación y pasar sus atribuciones a la Corte Suprema de Justicia.

Una consideración objetiva y sincera del Consejo revela que desde su creación, sus integrantes han resultado ineficaces, no han cumplido con las elevadas funciones que le tiene asignada al Consejo la Constitución y la Ley; pues el Consejo no ha cumplido la Ley de Carrera Judicial; es público y notorio que no ha aplicado el sistema de Concursos de Oposición para elegir los jueces; ha venido nombrando jueces "provisorios" sin Concurso, que han sido objetados por la Corte Suprema de Justicia; no ejerce la función de control del rendimiento y moralidad de los jueces; se menciona la existencia de más de 3.000 denuncias contra jueces y el Consejo no inicia los procedimientos disciplinarios legales; se sabe de jueces que tienen más de 20 denuncias ante el Consejo y siguen en sus puestos, sin que se les abra el procedimiento disciplinario. Todo abogado en ejercicio activo que acude a los tribunales, sabe quienes son los jueces

venales, incompetentes y corruptos; lo saben también las fracciones políticas que los apadrinan, y no ocurre nada. Por ello, no se trata de la eliminación del Consejo de la Judicatura, como institución, sino de la remoción de sus funcionarios componentes, que no cumplen los objetivos propios del Consejo, sujetos como están al clientelismo político que los designa en sus cargos.

## **V. LA REFORMA DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA**

Varias propuestas de reforma del Consejo de la Judicatura han sido sugeridas. Recordemos la del presidente Pérez en su Mensaje de marzo de 1977, que propondría la constitución del Consejo por cinco miembros: el Presidente y dos Vicepresidentes de la Corte Suprema de Justicia, un representante del Poder Legislativo, elegido de fuera de su seno, que actuaría como secretario ejecutivo del Consejo y por el ministro de Justicia, en representación del Poder Ejecutivo. Propuesta ésta que no sería en absoluto aceptable, porque con la diversidad de funciones que tiene a su cargo el Consejo de la Judicatura, que requieren tiempo completo de sus miembros, ni los Magistrados de la Corte Suprema, ni el Ministro de Justicia, podrían abandonar sus atribuciones y responsabilidades como tales, para integrar el Consejo de la Judicatura.

Concordante con aquella posición encontramos la del Colegio de Abogados del Distrito Federal, cuyo presidente, doctor Román J. Duque Corredor, propuso la eliminación del Consejo de la Judicatura o supeditarla a las funciones rectoras del Poder Judicial que ejercería la Corte Suprema de Justicia, de tal modo que ésta asuma las funciones que corresponden al Consejo de la Judicatura. (Cfr. *El Universal*. 1-8-95 p. 1-15).

Por su parte el senador Hilarión Cardozo, en artículo sobre la "Transformación del Poder Judicial," considera que el camino para enfrentar la corrupción en el ámbito judicial, tiene su base de sustentación en una moderna legislación, que no deje oportunidad a subterfugios de ninguna naturaleza por la existencia de grietas que puedan favorecer a individualidades, sectores o instituciones que comercian con la administración de justicia y un sistema idóneo para la selección, evaluación, formación profesional y moral y de remuneración de dichos funcionarios a todos los niveles. (Cfr. *El Universal* 5-6-95 p. 1-4). A nuestro parecer,

una nueva legislación, requeriría simultáneamente, aprobar el mecanismo legal de sanción, de aquellos jueces venales que teniendo denuncias ante el Consejo de la Judicatura desde hace varios años, no han sido sancionados por el Consejo, y la remoción de los funcionarios componentes del Consejo, pues nuevas leyes, con jueces venales y funcionarios incompetentes en sus cargos, serán violadas impunemente si no existe en el órgano que debe imponer las sanciones disciplinarias la voluntad de abrir los procedimientos pertinentes. De modo que puede afirmarse que estamos ante una situación, no de falta de leyes o normatividad, porque éstas existen, sino de falta de aplicación de las sanciones por el órgano respectivo; lo que revela que la cuestión se centra primordialmente en el *factor humano: jueces corruptos y funcionarios que por clientelismo político no aplican las sanciones.*

No se trata, como pudiera pensarse, de la destitución inmediata de todos los jueces que integran el Poder Judicial, como lo pretenden los propugnadores de la Emergencia Judicial, que comprendería a justos y pecadores; sino de proceder en forma institucional y progresiva, por los medios legales, a “limpiar el Poder Judicial” caso por caso, mediante el procedimiento disciplinario existente, sancionando a los jueces que han dado causa para ello, según los resultados de la inspección y el consiguiente proceso disciplinario; y mantener en sus cargos aquellos jueces honestos, competentes y trabajadores, que en la apreciación general de la colectividad, no son una minoría.

En opinión expresada por el vicepresidente del Consejo de la Judicatura en 1996, doctor Carlos Moreno Brandt: “es infantil la propuesta de Emergencia Judicial, y absurdo pretender sustituir a los 1.109 jueces que laboran en el Poder Judicial.” (Cfr. *El Universal*. 23-7-96. p. 1-13). Nosotros diríamos, que ello es posible y necesario, pero siguiendo las reglas existentes en el Estado de Derecho, que cuenta con instituciones apropiadas para lograr el objetivo de saneamiento de la administración de justicia. En nuestro sistema, la Constitución de 1961 asegura la inamovilidad de los jueces, los cuales no pueden ser removidos ni suspendidos en el ejercicio de sus funciones sino en los casos y mediante el procedimiento que determine la ley (Art. 208 CN); y la Ley de Carrera Judicial determina los casos y el procedimiento para las sanciones y destituciones de los jueces. Por ello pensamos que las carencias que denunció el alto funcionario del Consejo, tales como mejora del

presupuesto judicial, carencia de insumos y recursos humanos, las deficiencias de nuestra legislación, los problemas de infraestructura, etc, corresponden al factor material o económico, que debe ser enfrentado, pero paralelamente con él debe enfrentarse el *factor humano* de la justicia, la despolitización de los miembros del Consejo, que asegure, mediante la evaluación de la eficiencia y honradez del juez, la buena imagen de la judicatura y de los jueces frente a la comunidad social.

Por ello, cuando en 1991, surgió del seno de la Comisión Bicameral que estudiaba la conveniencia de una nueva enmienda constitucional, la idea de una *Alta Comisión de Justicia* con estos dos objetivos principales: 1. Destituir a cualquier funcionario judicial cuando la libre convicción de la mayoría crea que lo merezca. 2. Elaborar listas de candidatos a la Corte Suprema para que la Corte hiciera la selección final por mayoría de las dos terceras partes de sus miembros, manifesté mi desacuerdo, por considerar que la Alta Comisión de Justicia, como estaba estructurada, era un retroceso institucional.

En efecto, según informe del doctor Rafael Caldera, presidente de la Comisión Bicameral (*El Universal*, 14-8-91), dicha Comisión estaría integrada por no menos de treinta miembros, ni más de cuarenta, entre los cuales figurarían: obispos católicos, pastores evangélicos, rabinos, dirigentes empresariales y de las centrales sindicales, de las federaciones de vecinos, del Colegio de Periodistas, oficiales de las Fuerzas Armadas en retiro, Decanos de las facultades de Derecho, presidentes de Colegios de Abogados, miembros directivos de asociaciones de jueces, y el fiscal general de la República, quien la presidiría.

Este heterogéneo organismo tendría rango constitucional, con autoridad para destituir funcionarios judiciales de cualquier nivel, que en la conciencia de la comunidad sean conocidos como venales, como parciales o en cualquier forma corruptos, y cuya presencia en el estrado no ofrezca garantía de que obra con rectitud. Pero nada se dice de la despolitización de los miembros del Consejo, elegidos con intervención del Poder Ejecutivo y del Legislativo, que ha dado lugar al clientelismo político en las designaciones.

Algunos corifeos de la idea de la Alta Comisión de Justicia, hablaban de unas supuestas restricciones y limitaciones que tendría el Consejo de la Judicatura que no le permiten acopiar todos los elementos probatorios

que exige el formalismo, aún cuando moralmente no existen dudas de la incorrección del funcionario. Otros consideraban anticuadas las estructuras legales que rigen la materia, y propugnaban su sustitución por la Alta Comisión de Justicia.

Se trataría así de un juicio contra los jueces al *arbitrio* de la Alta Comisión, sin fundamentos de hecho ni de derecho, sino según la libre convicción, en el sentido más amplio de esta noción. Dijimos entonces, que no veíamos cómo el fiscal general de la República, que por su función propia tiene una importancia excepcional en el régimen de legalidad y de imperio del derecho, pueda prestarse a juzgar jueces a su arbitrio, sin un debido proceso legal en el cual se demuestre la falta cometida, cuya pena sea la destitución según la ley respectiva. Tampoco veíamos cómo los señores obispos puedan adherirse a tal idea, a riesgo de faltar a la justicia; ni cómo eminentes juristas, profesores y militares venezolanos puedan avalar esa idea, ni mucho menos las asociaciones de jueces.

La Constitución de 1961 que se pretendía enmendar, tuvo la virtud de plantear la problemática de la justicia en sus tres dimensiones más importantes:

- a) Consagra la autonomía e independencia de los jueces, frente a los demás órganos del Poder Público (artículo 205) y también su inamovilidad (artículo 208).
- b) Dispone que se provea lo conducente para el establecimiento de la carrera judicial (artículo 207).
- c) Prevé la creación del Consejo de la Judicatura, con el objeto de asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los tribunales y garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial (artículo 217).

Este programa de la Constitución para la organización de la justicia está cumplido con la sanción de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, la Ley de Carrera Judicial y el Código de Procedimiento Civil.

Sin excluir que estas leyes puedan sufrir ajustes o modificaciones que contribuyan a su perfección, no es cierto que el país no cuente con las estructuras legales adecuadas para el buen funcionamiento de la justicia. El problema no es de falta de leyes, ni de estructuras, ni de falta de una

El problema no es de falta de leyes, ni de estructuras, ni de falta de una “Alta Comisión de Justicia”. La función de sancionar a los jueces, corresponde al Consejo de la Judicatura. Es éste el órgano que establece la Constitución para sancionar a los jueces, mediante el debido proceso. Basta leer los capítulos de la Ley de Carrera Judicial referentes al escalafón judicial, a la provisión de los cargos por concurso de oposición, al rendimiento de los jueces, a las amonestaciones y suspensiones, a las destituciones, y el Capítulo de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura sobre el procedimiento disciplinario, para darse cuenta del poder que tiene el Consejo en esta materia.

La cuestión no es pues de leyes ni de estructuras, sino de hombres honestos que encarnen esas instituciones; hombres con espíritu de justicia, con dignidad y conciencia del alto deber público que tienen encomendado; de hombres de notoria y comprobada moralidad en sus actos, capaces de resistir las presiones políticas, y sobre todo, de la necesidad de una real voluntad política en los cogollos partidistas de no interferir en la actividad de los jueces y de no permitir ni apadrinar a personajes de sus respectivas toldas, que intervengan en la actuación de los jueces cuando está en juicio su interés económico, el cual debe sujetarse a la justa sentencia del juez. Si hasta ahora el Consejo de la Judicatura, los jueces y magistrados de todos los niveles han sufrido las presiones de personajes políticos, o del propio gobierno, ello se debe a la falta de hombres probos y morales en esos cargos, pues no se explica que teniendo los jueces asegurada su inamovilidad o permanencia en la carrera judicial por treinta años, puedan temer a tales personajes, que logran así interferir sus funciones para su propio beneficio económico o político.

La manera de purificar legalmente el Poder Judicial al momento de entrar en vigencia la Ley de Carrera Judicial el 30 de diciembre de 1980, estaba contemplada en el artículo 74 de las disposiciones transitorias del proyecto que sancionó el Congreso; pero por exigencia del Consejo de la Judicatura a los partidos que apadrinaban a los jueces que probablemente no alcanzarían los méritos necesarios para optar al concurso-oposición, aquella disposición transitoria fue eliminada en el Congreso y quedaron así los jueces corruptos amparados por la inamovilidad asegurada por la carrera judicial, y no se efectuó nunca un concurso-oposición, hasta el año 1991, sin que nadie se preocupara por ello, ni el Fiscal tomara cartas en el asunto, como era su deber. La idea de

magistrados conscientes de su alta misión, ilustrados, probos y morales en sus actuaciones; con jueces que no sean de aquellos que llama la sagrada escritura jueces inícuos, sino jueces con hambre y sed de justicia, dentro del sistema de la legalidad o imperio de la ley, no de la arbitrariedad. Lo contrario sería un retroceso institucional. (Cfr. Rengel Romberg, Arístides. *El Universal*, 15-10-91. p. 1-5 ).

En el año 1996 fue publicada (Cfr. *El Universal*. 29-9-96. p.1-12-13) la reunión provocada por dicho diario, entre el fiscal general de la República, Iván Darío Badel y Juan Martín Echeverría, ex ministro de Justicia y ex director de la PTJ, con el objeto de iniciar una serie de debates sobre la reforma judicial venezolana, y presentar al país los alcances del nuevo Código Orgánico de Procedimiento Penal, para ese momento en estudio en la Comisión Legislativa, inspirado en el sistema penal acusatorio del derecho alemán y cuya vigencia se estimaba sería para el 1º de enero de 1998. Ya con anterioridad, el doctor Luis Enrique Oberto, principal motor de esta reforma, nos ha venido ofreciendo amplios detalles de la reforma en estudio, en la cual ha puesto, junto con el equipo que le acompaña, una extraordinaria dedicación y devoción.

Al leer con detenimiento la información que nos ofrecen estos dos expertos: Badel y Echeverría sobre el Proyecto en estudio, podríamos tener la esperanza de que –como dice Echeverría– “las transformaciones del proceso penal previstas en el proyecto legislativo significarán poner una carga de dinamita a los cimientos del Poder Judicial en Venezuela.” Con el nuevo sistema acusatorio, explica el fiscal general Iván Darío Badel, la Fiscalía tendrá el monopolio de la acción penal y dirigirá, absolutamente, todas las investigaciones criminales que sustentarán la admisión de los juicios, lo cual hace que la PTJ dependa, también orgánicamente, de la Fiscalía General de la República. En esta forma, como expresa también Oberto, en la búsqueda de un estado superior de seguridad jurídica, tendrán que reorganizarse todos los órganos vinculados al funcionamiento del Poder Judicial, y el Código Orgánico de Procedimiento Penal es tan sólo el primer eslabon de una cadena de cambios.

Felizmente, la oralidad en el proceso penal, encontró voluntad política y apoyo técnico-jurídico de excelentes profesionales en la materia penal; lo cual no ocurrió con la oralidad piloto prevista en el nuevo



Código de Procedimiento Civil en vigencia desde el 16 de marzo de 1987 (Arts 859-880), que autoriza al Ejecutivo Nacional para determinar específicamente, mediante Resolución tomada en Consejo de Ministros, las Circunscripciones Judiciales y los Tribunales de éstas en que entrarían en vigencia las disposiciones del procedimiento oral, con el fin de lograr así una experiencia del nuevo sistema procesal antes de adoptarlo como regla general del proceso civil.

En la materia civil, ni el Ejecutivo, ni el Consejo de la Judicatura, ni los Colegios de Abogados, ni los jueces, ni los profesionales del derecho, tuvieron interés en experimentar el juicio oral, y hemos perdido más de diez años durante los cuales habríamos podido adquirir una fructífera experiencia que permitiera generalizar la oralidad en todo proceso civil.

## **VI. EL PROYECTO DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA PROPUESTO POR LOS MAGISTRADOS DEL CONSEJO EL 10 DE MAYO DE 1995**

Al tratar de este tema de la reforma del Consejo de la Judicatura, no obstante la diversidad de opiniones existentes, es obligado que nos ocupemos del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura presentado por los magistrados del Consejo al presidente del Congreso de la República el día 10 de mayo de 1995, pasado para su estudio a la Comisión Permanente de Política Interior y de los Derechos Humanos del Senado.

En el Art. 1 se ratifica lo establecido en el Art. 1 de la Ley vigente, al establecer: "El Consejo de la Judicatura es el órgano administrativo encargado de ejercer el gobierno judicial, conforme a las disposiciones de la Constitución y Leyes de la República." Pero seguidamente establece: "No obstante, en los casos establecidos en esta Ley, el Consejo de la Judicatura, como Tribunal Disciplinario Superior, constituirá un órgano judicial."

En otras palabras, se consagra al Consejo como un órgano bifronte: administrativo y judicial; lo que es contrario a la jurisprudencia de la Corte Suprema anteriormente citada.

Siguiendo esta estructura, el Art. 8 del citado Proyecto de Reforma, sustituye el Capítulo I del Título IV de la Ley vigente relativo al Régimen

Disciplinario, por otro que denomina: “De la jurisdicción;” y en el Art. 43 el Proyecto establece: “Se crea la jurisdicción disciplinaria, encargada de conocer y decidir los procesos que se sigan a los jueces y defensores públicos de presos, integrada por el Consejo de la Judicatura, que actuará como Tribunal Disciplinario Superior y uno o más Juzgados Disciplinarios de Primera Instancia.” Este Tribunal Disciplinario Superior en el cual se convierte el Consejo de la Judicatura, según el Art. 43 del Proyecto de Ley de Reforma, decidiría en segunda y última instancia las apelaciones y recursos de hecho que se interpongan contra las decisiones de los Juzgados de Primera Instancia, y sería presidido por el presidente del Consejo de la Judicatura; lo cual es contrario al Art 217 de la Constitución Nacional, que atribuye al Consejo de la Judicatura, asegurar la disciplina de los Tribunales, y no al orden judicial, que sólo puede intervenir para el control a posteriori de la legalidad de los actos del Consejo.

Como lo hemos recordado antes, la Sala en Pleno de la Corte Suprema de Justicia, sostiene que es ya pacífico en la doctrina administrativa incluir entre las funciones de la Administración Pública, la reglamentaria, imperativa, correctiva o disciplinaria y organizativa y ejecutiva; y que el fundamento de la potestad sancionadora reside en el propio ordenamiento jurídico administrativo, en virtud del cual la administración no solamente tiene la potestad normativa sino también la sancionadora, encaminada a reprimir las infracciones al ordenamiento de que es titular.

De lo expuesto puede concluirse, que considerar la decisión del Consejo de la Judicatura en materia disciplinaria, como judicial y definitiva, sin recurso alguno, contrariamente a la jurisprudencia de la Corte Suprema en Pleno, dará lugar, muy probablemente, a acciones de inconstitucionalidad por violación de lo dispuesto en los Arts. 217 y 206 de la Constitución, y a la reiteración de la mencionada sentencia de la Corte del 6 de agosto de 1991; aparte de que tal reforma coloca al Congreso de la República en una posición vacilante y de inseguridad, dando pasos hacia adelante y hacia atrás en una misma materia, pues habiendo dictado la vigente Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura el 24 de agosto de 1988; habiendo definido el Consejo de la Judicatura como “el órgano administrativo encargado de ejercer el gobierno judicial, conforme a las disposiciones de la Constitución y leyes de la República,” y habiendo

establecido que contra las decisiones dictadas por el Tribunal Disciplinario del Consejo de la Judicatura podrá interponerse recurso de nulidad por ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, únicamente cuando la sanción impuesta sea de destitución; posición ésta que fue acogida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y ampliada en el sentido de que por la naturaleza administrativa del Consejo, no sólo las decisiones en casos de destitución, sino todos sus actos pueden ser impugnados por inconstitucionalidad o ilegalidad ante la Sala Político-Administrativa, por preverlo así el Art. 42, Ord. 12 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aparecería ahora el Congreso de la República estableciendo lo contrario.

Por otra parte, estamos de acuerdo en que el procedimiento para los juicios disciplinarios requiere una simplificación que permita más celeridad; pero ésta no se alcanza solamente con la reducción de los lapsos procesales a un mínimo de días tales, que configuran ciertamente una indefensión para el enjuiciado, como ocurre con los lapsos de comparecencia y de prueba del procedimiento sugerido en el Proyecto que examinamos. Como es sabido, la celeridad depende de la estructura del procedimiento y no de lapsos má o menos cortos. El proceso tiene una estructura dialéctica, que ha sido comparada con la del proceso social que se desarrolla mediante la tesis, la antítesis y la síntesis, equivalentes a la demanda, la contestación y la sentencia en el proceso judicial. Por tanto, un proceso estará orientado por el principio de celeridad, cuando su estructura dialéctica permite llegar prontamente a la sentencia; y por el contrario, si entre la demanda y la sentencia transcurre un largo período de tiempo, se dice que el proceso está dominado por la lentitud, que es lo opuesto a la celeridad. Por ello disentimos del procedimiento sugerido, y abogamos por el juicio oral y público, que es el más perfecto y rápido conocido. Esto es posible, pero requiere el conocimiento de la técnica necesaria para la estructuración del procedimiento oral.

## **VII. EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DISCIPLINARIA JUDICIAL PROPUESTO POR LA FRACCIÓN PARLAMENTARIA DEL PARTIDO SOCIAL CRISTIANO COPEI EL 4 DE JULIO DE 1995**

Estando en curso el estudio del Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, presentado al Congreso por el Consejo de la Judicatura el 10 de mayo de 1995, la Fracción Parlamentaria del Partido Social Cristiano Copei, representada por los diputados: Ramón Guillermo Aveledo, Alcibíades Castro, Luis Rizek, Javier Pulido y Orlando Contreras Pulido, presentó al presidente de la Cámara de Diputados, el 4 de julio de 1995, otro Proyecto, titulado “Proyecto de Ley Orgánica Disciplinaria Judicial”.

En la exposición de Motivos de este nuevo Proyecto se dice: “La lista de fallas del funcionamiento de los tribunales son múltiples y en gran parte la fuente principal, entre otros factores, está en el mal funcionamiento del control de la disciplina por parte de todos los Consejos de la Judicatura,” y agrega la Exposición de Motivos:

o sea, que no hay la menor duda en afirmar que los distintos Consejos, con excepción de honrosas figuras entre algunos de sus Magistrados, en relación al cumplimiento de la función disciplinaria han fracasado y mientras se conserve la normativa vigente, no hay razón para pensar que la situación cambiará para bien.

Seguidamente, la Exposición de Motivos señala algunas de las fallas que recaen en funcionarios judiciales sometidos al control disciplinario según la Ley vigente:

a) el incumplimiento del horario exigido por la ley a los jueces; b) igual incumplimiento por gran parte del personal subalterno; c) incumplimiento de la Ley de Arancel Judicial, d) personal subalterno elaborando la redacción de motivas y dispositivas de sentencias interlocutorias y definitivas, y e) personal subalterno que de hecho fungen de secretarios (llevadores de causas) de algunos abogados en ejercicio. Todo ello casi sin una efectiva actividad de control por parte de los diferentes Consejos, cuyo Tribunal Disciplinario ha engavetado denuncias, que por la circunstancia legal del secreto del procedimiento para el denunciante, este no puede activar y vigilar con conocimiento de causa, como es debido, el procedimiento que por su estímulo nació.”

Un Consejo de la Judicatura que en definitiva, no ha sabido o no ha podido cumplir a cabalidad con el segmento disciplina, dentro del universo de funciones que se desprenden del Art. 217 de la Constitución de la República y de su propia Ley Orgánica. Así pues, se fue erosionando cada día más, en la ineficacia de la actividad controladora por parte del Consejo, hasta llegar al estado de crisis actual que han dado pie para el acometimiento de reformas adecuadas que pongan las cosas en el nivel deseable.

En esta grave crítica fundamenta la fracción de Diputados representante del mencionado Proyecto la necesidad de una reforma a fondo de la estructura del Consejo de la Judicatura, sin pensar, como sugieren algunos, en la eliminación del Consejo, pues siempre habría la necesidad de un organismo rector del Poder; pero sí propone lo que considera la cuestión fundamental de la reforma: “separar las funciones administrativas propiamente dichas, de la función Jurisdiccional Disciplinaria”.

Este Proyecto tiene, indudablemente, sugerencias dignas de detenido estudio. Y con este propósito, la Comisión Especial designada para el estudio del Proyecto, integrada por los Diputados: Ramón Guillermo Aveledo (presidente); José Antonio Adrián; Hugo Márquez Moreno y Francisco Rivas Uzcátegui, después de varias sesiones de estudio acordó oír también a otras Instituciones y Personalidades, cuyos frutos fueron:

- 1) El Informe de la Oficina de Investigación y Asesoría Jurídica del Congreso, presidida por el Dr. Carlos Leñez Sievert.
- 2) El Proyecto de Infraestructura de apoyo al Poder Judicial, de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado, suscrito por su Secretario Ejecutivo, Julio César Fernández.
- 3) El Informe de la Asesoría Jurídica de la Fracción Parlamentaria de COPEI, suscrito por el Dr. Víctor Manuel Hernández.
- 4) El Informe de la Fiscalía General de la República, sobre consideraciones generales y proposiciones sobre la Ley Orgánica Disciplinaria Judicial.
- 5) Informes de los Dres. Héctor Marcano Batistini y Jorge Rossel; así como las opiniones de los invitados Presidentes de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de la Judicatura, y los ex presidentes de dichas instituciones; presidente del Colegio de Abogados; profesores Universitarios y otras personalidades conectadas con la judicatura.

### **VIII. EL PROYECTO UNIFICADO DEL 3 DE JULIO DE 1996**

No obstante el clima de consenso acerca de la necesidad de una Jurisdicción Disciplinaria Judicial, en la Comisión se puso de relieve el obstáculo constitucional del Art. 217 de la Constitución de 1961 que al contemplar la creación del Consejo de la Judicatura y su objeto, incluye entre ellos la Disciplina de los Tribunales; sin embargo, privó en ella el consenso acerca de la necesidad de una Jurisdicción Disciplinaria. Por esta razón, explica el Informe de la Comisión Especial, surgió la idea de afrontar el problema de la creación de la Jurisdicción Disciplinaria Judicial, mediante una reforma de la vigente Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, que permitiría el logro del objetivo propuesto, en el vigente marco Constitucional con base en los Arts 139 y 177 de la Constitución de la República. El Art. 139 de la Constitución de 1961, se refiere a la potestad del Congreso de legislar sobre las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional; y el Art. 177 establece que las leyes sólo se derogan por otras leyes, y podrán ser reformadas total o parcialmente. Sin embargo, fundamentar en dichas normas constitucionales relativas a la potestad legislativa del Congreso, la creación de la Jurisdicción Disciplinaria Judicial, no elimina el obstáculo constitucional del Art. 217 de la Constitución, puesto que esta norma, si bien es como aquellas una norma constitucional, priva sobre ellas, puesto que regula una situación particular, esto es, la del Consejo de la Judicatura, y fija a la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura el objeto del mismo: “asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los Tribunales y de garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial”.

El clima de consenso acerca de la necesidad de una Jurisdicción Disciplinaria Judicial, llevó al Congreso a la unificación de los dos Proyectos en estudio: el Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, presentado por el Consejo el 10 de mayo de 1995 y el Proyecto de Ley Orgánica Disciplinaria Judicial, presentado por la Fracción Parlamentaria del Partido Copei el 4 de julio de 1995, unificación que dió origen al Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura del 3 de julio de 1996, aprobado en primera discusión en la Cámara de Diputados.

Este proyecto parte de la idea de separar las funciones administrativas propiamente dichas, de la Función Jurisdiccional Disciplinaria.

Las cuestiones fundamentales propuestas por la Comisión Especial fueron las siguientes:

1) *El cambio de la naturaleza jurídica del Consejo de la Judicatura*

Mientras el Párrafo Segundo del Art. 1 de la Ley vigente considera al Consejo de la Judicatura como “el órgano administrativo encargado de ejercer el gobierno judicial, conforme a las disposiciones de la Constitución y las leyes de la República,” ahora dicho Párrafo Segundo diría: “El Consejo de la Judicatura es el órgano administrativo y jurisdiccional encargado de ejercer el gobierno judicial, conforme a las disposiciones de la Constitución y las leyes de la República.”

2) *El cambio de la estructura del Consejo*

Mientras según el Art. 7 de la Ley vigente: “El Consejo de la Judicatura estará integrado por cinco (5) Magistrados en representación de las ramas del Poder Público...,” ahora, conforme al propuesto Art. 17 del Proyecto: “El Consejo de la Judicatura estará integrado por seis (6) Magistrados en representación de las ramas del Poder Público; tres (3) que componen la Sala Administrativa, uno (1) designado por la Corte Suprema de Justicia, uno (1) designado por el Congreso de la República y uno (1) designado por el Ejecutivo Nacional; y tres (3) que componen la Sala Jurisdiccional, y que a su vez constituyen el Tribunal Superior Disciplinario Judicial, uno (1) designado por la Corte Suprema de Justicia; uno (1) designado por el Congreso de la República, y uno (1) designado por el Ejecutivo Nacional.

3) *Desligar o separar la función de carácter administrativo de la función de carácter jurisdiccional*

La primera quedaría a cargo de la Sala Administrativa del Consejo y la segunda a cargo de la Sala Jurisdiccional, que a su vez funge de Tribunal Superior Disciplinario Judicial. (Art. 4 del Proyecto en concordancia con los Arts. 22 y 24). Esta Sala Jurisdiccional ejercería la función de mantener la disciplina de los jueces y defensores públicos de presos, en dos instancias: una primera, de tribunales unipersonales y una

segunda, del Tribunal Superior colegiado, que sería la propia Sala Jurisdiccional.

A su vez, el Art. 7 del Proyecto, distingue tres clases de función disciplinaria:

- a) La preventiva relacionada con los jueces y defensores públicos de presos, que se ejerce por medio de la Comisión de Inspección y Vigilancia.
- b) La disciplinaria de su personal subalterno y del personal de los tribunales de la República, exceptuando el personal subalterno de la Jurisdicción Disciplinaria, que se ejerce también por medio de la Comisión de Inspección y Vigilancia.
- c) La represiva, en relación a los jueces y a los defensores públicos de presos, exceptuados los jueces de la Jurisdicción Militar, que se ejerce por medio de la Sala Jurisdiccional. (Art. 7).

Según el Art. 10 del Proyecto:

La función y control disciplinario de esta Jurisdicción Especial, será ejercida de la siguiente manera: la de los Jueces de Primera Instancia, por el Tribunal Superior, actuando en primer grado y con consulta y apelación ante la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Y la responsabilidad de los Jueces Superiores, por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, actuando en primer grado, con consulta y apelación por ante la Corte en Pleno. En ambos casos, por medio de los procedimientos establecidos en la presente Ley y con base a la tipificación de las conductas indebidas previstas en ella, siendo esencial para abrir el procedimiento disciplinario, la denuncia del Ministerio Público.

Sobre estas cuestiones fundamentales del Proyecto, hicimos las siguientes observaciones:

1) Respecto de la primera, relativa al cambio de la naturaleza jurídica del Consejo de la Judicatura, para transformarlo en un órgano complejo: administrativo y jurisdiccional a la vez, no es aceptable jurídicamente, porque el Consejo no puede ser al mismo tiempo un órgano administrativo y jurisdiccional. El Consejo de la Judicatura es un órgano único, de naturaleza administrativa, y como hemos dicho antes, la función disciplinaria que le asigna la Constitución, es también administrativa, como lo



tiene resuelto la Corte Suprema de Justicia. Asignar al órgano administrativo (Consejo de la Judicatura) la función disciplinaria, como lo hace la Constitución, no significa, como piensa la Fracción Parlamentaria promotora del Proyecto de reforma, asignarle también una función de naturaleza jurisdiccional, porque esto sería metamorfosear al Consejo. Y lo que es más grave, tratándose de una propuesta de legisladores: desconocer lo que es la función jurisdiccional y su diferencia de la administrativa.

La división del Consejo en dos secciones: la administrativa y la jurisdiccional como lo establece el Proyecto de reforma, encierra pues, un error de concepción del Consejo y de la función jurisdiccional, porque lo que el Proyecto considera como jurisdiccional, no es otra cosa sino la potestad disciplinaria que le asigna la Constitución y su Ley al Consejo de la Judicatura, que por su naturaleza, es un órgano administrativo, y sus miembros son funcionarios públicos, como lo son también los jueces, cuya conducta fiscaliza y sanciona el Consejo. Sus facultades y deberes le vienen dadas en virtud de la relación de empleo, que es una relación de derecho público entre el funcionario y el Estado que provee el cargo, de la cual nacen obligaciones y responsabilidades frente al Estado y frente a los particulares.

El Art. 121 de la Constitución establece: “El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley.” Y el Art. 220, Ord. 5° de la misma, incluye entre las atribuciones del Ministerio Público: “Intentar las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, penal, administrativa o disciplinaria en que hubieren incurrido los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones.”

Como se ve, las responsabilidades de los funcionarios públicos son de diversas clases; y la disciplinaria se identifica con la administrativa, porque deriva de faltas o transgresiones de las normas administrativas que definen los deberes y prohibiciones a que está sometido el funcionario. De modo que lo que caracteriza, en el caso de los funcionarios públicos, y de los jueces como tales, la naturaleza de su responsabilidad es la misma del acto o transgresión, que puede ser un ilícito civil, penal, o administrativo.

En el caso de los jueces, la ley procesal establece las causas, el procedimiento (queja) y la acción judicial para hacer efectiva a priori, ante los tribunales, la responsabilidad civil de los jueces y la indemnización de los daños y perjuicios estimables en dinero, derivados de la falta; y cuando se trata de transgresión tipificada en la Ley de Carrera Judicial o en la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura como causa de sanción disciplinaria, así sea la más grave, de destitución, ésta debe ser impuesta por el órgano administrativo, por ser un caso de responsabilidad administrativa que deriva del incumplimiento de obligaciones establecidas en una ley administrativa que persigue el buen funcionamiento del servicio de justicia; y el control judicial de la decisión del órgano administrativo se ejerce a posteriori, ante el Tribunal competente para ello. Por tanto, la creación de la Jurisdicción Disciplinaria Judicial en el Art. 4 del Proyecto, la cual se ejercita por la Sala Jurisdiccional (Art. 22), que a su vez constituye el Tribunal Superior Judicial, según el Art. 17 ejusdem, constituye propiamente una Metamorfosis del Consejo, que de órgano administrativo, se transforma en Tribunal Superior Judicial, de naturaleza jurisdiccional, y crea una confusión de los principios jurídicos que regulan las decisiones administrativas, judicializando a priori las sanciones administrativas cuyo control judicial debe ser a posteriori.

Además, como se ha dicho antes, la errónea sentencia de fecha 28 de febrero de 1985 dictada por la Sala Político-Administrativa, que venía considerando al Consejo de la Judicatura como un órgano complejo: administrativo y jurisdiccional (Cfr. Gaceta Forense, Nº 127. 3a. et. Vol. I p. 705) fue desechada posteriormente por la Corte Plena, en sentencia de fecha 6 de agosto de 1991, que ha pasado a ser doctrina unánime y dominante de la Corte Suprema de Justicia (Cfr. Pierre Tapia. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Año 1991. Nº 8-9 pp. 99-108). Razón por la cual, dicho cambio de naturaleza del Consejo, acogida en el Art. 2 del Proyecto que nos ocupa, constituye un retroceso comparado con el Art. 79 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura vigente; y se encuentra en franca colisión con el Art. 42, numeral 12 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; razón por la cual de plantearse la cuestión de inconstitucionalidad o ilegalidad ante la Suprema Corte, ésta seguramente ratificará su unánime y acertada jurisprudencia sobre la materia.

2) Respecto de la segunda cuestión, relativa a la nueva estructura del Consejo prevista en el Art. 17 del Proyecto, es inconveniente. Ella

acentúa la dependencia del Consejo de los órganos políticos: Congreso y Ejecutivo Nacional, mediante la elección de sus integrantes, pues de los seis (6) Magistrados que lo integrarían, sólo dos (2) son designados por la Corte Suprema de Justicia, y cuatro (4) por los demás Poderes: Legislativo y Ejecutivo, repartidos en las dos Salas que conformarían el Consejo.

Como es sabido, la independencia del juez es considerada bajo dos aspectos fundamentales: independencia funcional, en cuanto al ejercicio mismo de la función jurisdiccional, e independencia organizativa, que tiene su base principal en el régimen de nombramientos, ascensos, traslados, destituciones y sanciones que se adopte en el ordenamiento jurídico; por tanto, si el órgano que ha de ejercer este control, como lo es el Consejo de la Judicatura, está dominado en su integración por los poderes políticos, no sólo está en peligro la independencia organizativa del juez, sino que no puede decirse que esté asegurada su independencia funcional.

Es necesario, pues, cobrar conciencia de que el Consejo de la Judicatura es un órgano administrativo de los jueces y para los jueces, en el cual no deben predominar poderes extraños al Poder Judicial; y siendo la Corte Suprema de Justicia el más alto Tribunal de la República (Art. 211 CN) y la máxima representación del Poder Judicial (Art. 1º LOCSJ), resulta lógico que la cabeza del Poder Judicial tenga el control efectivo del órgano que asegura la independencia organizativa de los jueces.

Desde este punto de vista, la idea original de la Constitución, de crear el Consejo de la Judicatura para asegurar, entre otras metas, la independencia de los jueces del Poder Ejecutivo, aparece frustrada en el Proyecto que examinamos, a causa del predominio de los poderes políticos en el Consejo de la Judicatura y de una errónea concepción del principio constitucional de la colaboración entre sí de los órganos que ejercen el Poder Público, prevista en el Art. 118 de la Constitución, pues “colaboración” no significa predominio, ni mucho menos avasallamiento de los poderes políticos sobre el Poder Judicial. El Proyecto, a este respecto, no sólo resulta más de lo mismo, sino peor de lo mismo, pues cambiar de dependencia no es independencia.

3) En cuanto a la tercera cuestión fundamental, observamos que es conveniente mejorar la función disciplinaria que está atribuida por la Ley al Consejo de la Judicatura, toda vez que la experiencia de más de

veinte años revela, como se ha visto antes, que el Consejo, por diversas razones, ha descuidado esta función, no la ha cumplido. A este respecto, expresa la Comisión Especial designada por la Cámara de Diputados para el estudio del Proyecto de Ley Orgánica Disciplinaria Judicial: “El Tribunal Disciplinario del Consejo de la Judicatura, ha engavetado miles de denuncias; no admite cantidades de ellas que deberían ser admitidas; no hace la debida investigación, y hay miles de procedimientos archivados por extinción de la instancia”.

Por ello, es necesario reiterar, que una reforma a fondo y radical, que tienda a separar del Consejo de la Judicatura su función disciplinaria, supone, por ahora, la previa reforma o modificación del Art. 217 de la Constitución, que asigna como objeto al Consejo, entre otros, asegurar la disciplina de los Tribunales.

Si bien este obstáculo ha podido ser superado, adelantando la reforma o enmienda de la Constitución, que estaba en estudio ante el Senado de la República, simultáneamente con la reforma judicial, era percepción generalizada en la sociedad civil, que la reforma o enmienda de la Constitución, no podría ser adelantada en breve plazo, de modo que pudiera permitir la fundamentación de la reforma del Consejo de la Judicatura en una norma constitucional apropiada.

En tales circunstancias, si se mantiene en el Art. 217 de la Constitución como objeto del Consejo de la Judicatura, entre otros, la disciplina de los tribunales, no puede dividirse la estructura del Consejo en dos secciones: una administrativa y otra disciplinaria.

La solución podría encontrarse, a nuestro parecer expresado entonces, reformando la Constitución y creando en ella una instancia jurisdiccional, fuera del Consejo de la Judicatura, a la cual se atribuya la competencia de conocer de las decisiones disciplinarias tomadas por el Consejo, ya sean leves o graves, como la destitución, excluyendo las de carácter delictual, que deben pasarse a la jurisdicción penal ordinaria. En tal forma se tendría un control a posteriori de las decisiones disciplinarias del Consejo por un órgano judicial, que pudiera ser una Corte ad hoc, colegiada, denominada “Corte Superior de la Judicatura”, u otra denominación que se considere más apropiada, y con competencia para conocer en apelación o mediante consulta legal obligatoria, de las

decisiones disciplinarias tomadas por el Consejo contra los jueces y los defensores públicos de presos.

Así, las decisiones de esta Corte, podrían constituir la única y definitiva instancia o recurso, o admitirse contra sus decisiones apelación para ante la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, según se considere más conveniente.

La referida Corte Superior, estaría integrada por tres (3) o cinco (5) jueces y sus suplentes, de libre nombramiento por la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, con el voto de dos tercios de sus integrantes, y durarían en sus funciones cinco (5) años a contar desde sus nombramientos, pudiendo ser reelegidos una sola vez en su totalidad o en parte, aquellos que hubieren sido eficaces en el cumplimiento de sus funciones, y removidos o destituidos aquellos que hayan incurrido en las causas de remoción establecidas en la ley.

No consideramos conveniente, ni propio, que el Consejo de la Judicatura sea presidido por el presidente de la Corte Suprema de Justicia; no sólo porque sería distraerlo de deberes —que son múltiples— sino también porque aparece como una intromisión, aunque sea un funcionario judicial de la máxima jerarquía en las funciones de un órgano administrativo de jerarquía nacional, como es el Consejo de la Judicatura.

Tampoco compartimos la idea de la “Junta de Jueces Superiores” que operaría en cada Circunscripción Judicial, para la evaluación de los tribunales inferiores, “como un mecanismo de desconcentración de las funciones del Consejo de la Judicatura”, porque el Consejo es un órgano administrativo de carácter Nacional, con sede en la Capital de la República, y la función de vigilancia y control de la eficacia de los tribunales —sean Superiores o Inferiores— no debe atribuirse a órganos del Poder Judicial, como son los jueces superiores de las diversas Circunscripciones, ni tampoco puede ser descentralizada bajo el supuesto del Art. 137 de la Constitución.

Por otra parte, la experiencia enseña, que en el reducido ámbito territorial de los estados y municipios, las relaciones sociales, amistosas, económicas, profesionales y de toda índole que se crean entre los integrantes de la comunidad, son estrechas, lo cual hace presumir que una evaluación de los jueces inferiores por los superiores carecería de la objetividad y rigor indispensable para el logro de los fines de la evaluación,

la cual resultaría desnaturalizada por el grado de relación existente entre dichos jueces; lo cual no ocurriría, o por lo menos en el grado señalado, tratándose de funcionarios del Consejo de la Judicatura enviados desde la Capital de la República, que son extraños a la comunidad local y por la jerarquía del órgano al que pertenecen, están en mejores condiciones de verificar una evaluación imparcial y objetiva de los jueces de aquella localidad.

Tampoco es pertinente, como se desprende de lo expuesto, el nuevo artículo 4 del Proyecto Unificado, que establece la instancia jurisdiccional encargada de procesar a los jueces por infracciones de relevancia delictual, pues como hemos dicho antes, ellas deben ser llevadas a la jurisdicción penal ordinaria; ni tampoco la potestad que le sería atribuida a dicha instancia jurisdiccional, de decidir, por acuerdo unánime de sus miembros, con fundamento en la libre convicción razonada en aquellos casos en los cuales no se puedan probar los hechos (¿alta comisión de justicia?).

Esta última parte del mencionado artículo, a nuestro parecer es contraria a varios principios jurídico-procesales de general aceptación, y podría decirse que también del principio constitucional de la garantía del debido proceso.

Como es sabido, los métodos de valoración de las pruebas por el juez, generalmente aceptados por la doctrina, son tres: el de la prueba legal, el de la libre convicción y el de la sana crítica. El de la prueba legal se tiene cuando la valoración de la prueba está dada por la ley. En ella –dice Chiovenda– el legislador, partiendo de consideraciones de normalidad general, fija en abstracto el modo de entender determinados elementos de decisión, sustrayendo esta operación lógica a aquella que el juez cumple para formar su convicción. Es el caso de la valoración de los documentos públicos, de la confesión, etc. El sistema antitético de la prueba legal es el de la libre convicción, o prueba racional. En la doctrina hay discrepancia entre los autores en el modo de entender este sistema. Mientras para algunos (Couture) es aquél modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes; en cambio para otros, la libre convicción, o apreciación discrecional, no significa en absoluto facultad para el juez de formar su convicción de

modo subjetivamente arbitrario, sino mediante el uso razonado de la lógica y del buen sentido guiados por las reglas de la experiencia de la vida (Chiovenda, Zanzucchi, Liebman, Carnelutti, etc.).

Como se vé, en uno y en otro caso, la convicción es el resultado de un juicio de la conciencia, y el juez está en el deber de expresar los motivos de la decisión por razones de seguridad jurídica, de certeza y de política judicial, que permite el debido control de legalidad del fallo por las instancias superiores. Por ello hoy, el principio de la motivación del fallo, ha adquirido el rango de principio constitucional, vinculado con el sagrado derecho de defensa.

Finalmente el método de la sana crítica, en el cual, según Couture –su máximo exponente en América Latina– el juez, al decidir según la sana crítica, no es libre de razonar a su voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente, porque ésto no sería sana crítica, que es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual; es lógica, porque las reglas de la sana crítica consisten, en su sentido formal, en una operación lógica; y es experiencia, porque las máximas de experiencia contribuyen tanto como los principios lógicos a la valoración de la prueba, pues el juez, no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que lo rodea y lo conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica –concluye Couture– es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida.

De todo lo expuesto se sigue, que cualquiera que sea el método escogido por el legislador, todos ellos tienen en común que la valoración parte de la existencia de hechos o circunstancias que han sido objeto de prueba en el proceso y determinan la convicción del juez, tal como éste lo expresa en la motivación de su sentencia.

Por ello, a nuestro parecer, no se debería establecer en la norma del mencionado Art. 4 que el juez “deberá decidir con fundamento en la libre convicción razonada, en aquellos casos en que no se pueden probar los hechos”. Esto no sería libre convicción, ni sana crítica, sino discrecionalidad o arbitrariedad, violatoria de un juicio de derecho, porque toda consecuencia jurídica, incluyendo aquellas disciplinarias, supone la existencia de hechos concretos constitutivos de la infracción de aquellos

supuestos en abstracto por la norma. Por ello sugerimos la modificación del último aparte de dicho artículo y establecer la regla generalmente aceptada en las legislaciones modernas, según la cual, el juez debe valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica.

Por todo lo expuesto, en aquella ocasión sugerimos la redacción de los artículos comentados, así:

Capítulo III. Del Consejo de la Judicatura y de la Corte Superior de la Judicatura.

Artículo... El Consejo de la Judicatura es el órgano administrativo que tendrá por objeto asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los Tribunales y de garantizar a los jueces los beneficios de la Carrera Judicial.

Artículo... El Consejo de la Judicatura estará integrado por cinco miembros principales y cinco suplentes, elegidos todos por la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena con el voto de los dos tercios de sus magistrados. Los elegidos deberán ser profesionales del Derecho con más de diez años de ejercicio y de excelente prestigio profesional, o Profesores universitarios de reconocida competencia, o jueces superiores de carrera con más de diez años en la judicatura, que no hayan estado sujetos a sanciones disciplinarias de ninguna clase. El Consejo de la Judicatura tendrá un Presidente, elegido de su seno por el Consejo, y sus miembros durarán en sus cargos cinco años, a contar desde la fecha de su juramentación; podrán ser reelegidos una sola vez, en su totalidad o en parte aquellos que hubieren cumplido eficientemente sus funciones, o removidos de sus cargos, en cualquier tiempo, aquellos que incurran en alguna de las causales de remoción establecidas en la ley.

Artículo... De las decisiones disciplinarias del Consejo de la Judicatura, con excepción de aquellas de carácter delictual, de competencia de la jurisdicción penal ordinaria, habrá consulta legal obligatoria para ante la Corte Superior de la Judicatura, que tendrá su sede en la Capital de la República y estará integrada por cinco jueces principales y cinco suplentes, de los cuales dos serán Jueces Superiores de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, uno de la jurisdicción civil y mercantil y otro de la jurisdicción penal, elegidos todos por la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, con el voto de los dos tercios de sus



magistrados; y deberán reunir las mismas exigencias para su elección que los miembros del Consejo de la Judicatura.

Artículo... La Corte Superior de la Judicatura decidirá en única y definitiva instancia, de sus decisiones no habrá recurso alguno y la valoración de las pruebas se hará, en todo caso, según las reglas de la sana crítica. Los indicios que resulten de los autos, serán valorados conforme a la regla del artículo 510 del Código de Procedimiento Civil.

Disposición transitoria. Mientras se sancionan las reformas de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura con sujeción a los artículos...de la Constitución, relativos al Consejo de la Judicatura, se mantiene en vigencia el régimen previsto en dicha ley.

En el transcurso de los dos primeros años de la entrada en vigencia de la Reforma de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, dicho Consejo procederá progresivamente a hacer la evaluación de los jueces provisorios o que no hayan ingresado mediante concurso de oposición, en la forma siguiente:

*Primera.* Formará un Cuadro de Antigüedad y otro de Méritos, tomando en consideración para el Cuadro de Méritos las siguientes circunstancias:

1. El rendimiento del juez en los últimos tres años del ejercicio del cargo, evaluado como se indica en la Ley de Carrera Judicial.
2. El número de denuncias admitidas contra el juez; las desestimadas y las sanciones y medidas disciplinarias a que haya estado sujeto.
3. La celeridad en la tramitación y resolución de las causas; el cumplimiento de los lapsos procesales; los diferimientos de sentencias y la duración de la instancia.
4. El concepto que merezca por su conducta moral.

*Segunda.* Sacar a Concurso-Oposición los cargos de aquellos jueces cuyos cuadros de méritos no resulten satisfactorios. Estos jueces no podrán participar en el Concurso, y continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que el Consejo de la Judicatura proceda a la provisión del cargo conforme a la ley.

*Tercera.* Fijar la prioridad de los Concursos según las regiones, comenzando por la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, durante el primer año.

*Cuarta.* Ubicar en el Escalafón Judicial a los jueces cuyos cuadros de méritos hayan resultado satisfactorios y a los concursantes que hayan resultado favorecidos, a los cuales se les asignará la antigüedad correspondiente.

### **IX. LA PROPUESTA DE REFORMA JUDICIAL PRESENTADA POR EL PRESIDENTE CALDERA AL PODER LEGISLATIVO Y A LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA EL 22 DE NOVIEMBRE DE 1996**

Siguiendo esta línea de acción, el presidente Rafael Caldera promovió el 22 de noviembre de 1996 una reunión en Miraflores a la cual asistieron el presidente y vicepresidente del Congreso, Cristóbal Fernández Daló y Ramón Guillermo Avelado, la presidenta de la Corte Suprema de Justicia Cecilia Sosa Gómez, y los vicepresidentes Ismael Rodríguez Salazar y Aníbal Rueda; y el ministro de Relaciones Interiores, doctor José Guillermo Andueza.

En dicha reunión el jefe del Estado presentó a los asistentes un documento contentivo de las siguientes Propuestas para la reforma judicial:

*Primera:* Designar una comisión integrada por la presidenta de la Corte Suprema de Justicia, quien la coordinará; por el presidente y vicepresidente del Congreso, por el ministro de Justicia, en representación del Ejecutivo Nacional, y por el presidente de la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (Copre), quien ejercerá, además, la Secretaría de la Comisión., para que asuma la ejecución del Convenio 3514-VE, suscrito entre la República de Venezuela y el Banco Mundial. La Comisión podrá designar un gerente operativo encargado de la ejecución de dicho convenio.

*Segunda:* Para resolver el problema del retardo procesal, sobre todo en materia penal, se acuerda: a) Designar los jueces itinerantes que se requieran para poner al día aquellos tribunales cuyo atraso o número de causas así lo requieran. b) Habilitar salas de audiencias en sitios

inmediatos a los establecimientos penitenciarios a fin de facilitar el traslado de los reos. c) Levantar un censo de las personas procesadas para conocer el delito que se les imputa, tiempo de reclusión y la posible pena que les sea impuesta con el objeto de considerar las posibles medidas que los beneficien. d) Mejorar los procedimientos administrativos para evitar que se retarde el traslado de los procesados a los tribunales de justicia.

*Tercera:* Reformar la composición del Consejo de la Judicatura e integrarlo de la siguiente manera: Los miembros designados por la Corte Suprema de Justicia, se deberán escoger, principalmente, entre jueces superiores en situación de retiro. Los que designe el Congreso y el Ejecutivo Nacional se deberán escoger entre abogados en ejercicio y profesores universitarios.

*Cuarta:* El ingreso y el ascenso en la carrera judicial sólo podrá hacerse mediante concurso público y abierto. Ningún juez podrá ascender si no ha hecho los cursos que periódicamente se programen. En los concursos para ingresar y ascender en la carrera judicial pueden participar los abogados que reúnan las condiciones exigidas por la ley. Los jueces que, una vez hecha la evaluación o el concurso, no puedan ascender serán retirados de la carrera judicial.

*Quinta:* Los jurados para concursos de ingreso o ascenso en la carrera judicial serán designados por los consejos de las facultades de Derecho a petición del Consejo de la Judicatura o de la Corte Suprema de Justicia, y escogidos entre los profesores de las asignaturas más afines a la competencia de la materia del tribunal.

*Sexta:* Para realizar la evaluación de los jueces ordenada por la Ley de Carrera Judicial, el Consejo de la Judicatura procederá de inmediato a levantar los correspondientes expedientes y a recabar la información necesaria. Hecha la evaluación, el juez que no reúna los méritos y condiciones exigidas, será retirado del Poder Judicial y se abrirá de inmediato el concurso correspondiente. El Consejo de la Judicatura nombrará jueces temporales cuando se produzcan remociones o destituciones como consecuencia de estas evaluaciones y mientras se realicen los concursos correspondientes.

*Séptima:* Para atender la necesidad de reorganizar el Poder Judicial, el Consejo de la Judicatura se constituirá en una Alta Comisión de Justicia, integrada por los miembros del Consejo de la Judicatura y por los representantes de las siguientes instituciones: a) Dos representantes de los Colegios de Abogados; b) Un representante de los gobernadores de estados; c) Un representante de los alcaldes; d) Un representante de la Conferencia Episcopal; e) Un representante de las otras iglesias; f) Dos representantes de los consejos de las facultades de Derecho; g) Dos representantes de las Academias Nacionales; h) Dos representantes de la Corte Suprema de Justicia; i) Un representante de Fedecámaras; Y J) un representante de la CTV. El reglamento determinará la forma de elegir estos representantes, ellos deberán ser venezolanos, mayores de 30 años, de intachable conducta y de reconocida honorabilidad y no recibirán remuneración alguna en el desempeño de estas funciones.

La Alta Comisión de Justicia velará por la eficiencia, disciplina y decoro de los tribunales. A estos fines, la Alta Comisión de Justicia tendrá las siguientes atribuciones:

a) Remover a cualquier juez o funcionario judicial cuando la mayoría absoluta de sus miembros lo considere necesario.

b) Revisar las actuaciones de los jurados de los concursos para la provisión y ascenso de los jueces de Primera Instancia y Superiores, cuando recurra ante él alguno de los concurrentes, y ordenar su repetición, si la considera procedente.

De estas decisiones no procederá recurso alguno, ni administrativo ni judicial.

La Alta Comisión de Justicia se reunirá en las oportunidades que fuere convocada para cumplir algunas de las atribuciones que aquí se señalan. La convocatoria podrá hacerla el Fiscal General de la República, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de la Judicatura o un número no menor de cinco de los miembros que se designen. La Alta Comisión de Justicia se instalará y funcionará con la asistencia de la mayoría absoluta de sus miembros.

La Alta Comisión de Justicia podrá requerir las informaciones que estime pertinentes a cualquiera de los órganos del Estado o a personas naturales o jurídicas, públicos o privados, los que estarán obligados a suministrarlas bajo las sanciones que establezca la ley.

*Octava:* Dar prioridad a la discusión del proyecto de Código Orgánico Procesal Penal, de las leyes procesales y de aquellas que tengan relación con la reforma judicial.

*Novena:* Para facilitar la reestructuración del Poder Judicial se podrá establecer un sistema de retiro voluntario y de jubilación anticipada.

*Décima:* Se debe proveer el mejoramiento de las remuneraciones de los jueces así como un sistema de seguridad social. Propiciar la reforma de la Ley de Arancel Judicial para distribuir estos ingresos en forma igual, a todos los jueces según su categoría. Se debe también mejorar la remuneración de los jueces más eficientes.

*Undécima:* Crear nuevos tribunales en aquellas circunscripciones judiciales que así lo requieran por el número de causas. (Cfr. Diario *El Universal*. Sábado 23 de noviembre de 1996. pág. 1-12).

Como se ve, la cláusula Séptima de la propuesta, es la resurrección de la Alta Comisión de Justicia, a que nos hemos referido (supra: n. V).

La opinión del Poder Judicial, representado por la presidenta de la Corte Suprema de Justicia, doctora Cecilia Sosa Gómez, y la del Poder Legislativo, representado por el presidente del Congreso, Cristóbal Fernández Daló a la propuesta presidencial, expresadas al salir de la entrevista con el presidente, fueron muy prudentes, como es natural en tales circunstancias. La magistrada Cecilia Sosa Gómez declaró a los periodistas que la rodearon, que tanto el organismo que dirige como el Congreso de la República, harán del conocimiento de cada uno de sus miembros el texto del documento para realizar algunos ajustes, recomendaciones y proposiciones, si fuere necesario, y a la pregunta del periodista: ¿El país puede esperar una pronta reforma del Poder Judicial?, respondió:

Yo creo que las tres ramas han dado signos de seriedad, cada una ha hecho proposiciones concretas y entiendo que el jefe del Estado lo que está haciendo es transmitiéndonos lo que es para él resultado de sus entrevistas. Ahora nosotros haremos las proposiciones que consideremos necesarias y emprender lo que sería la reforma del Poder Judicial que requiere un fundamento y voluntad de los tres poderes de asumirlo.

Por su parte el presidente del Parlamento, Cristóbal Fernández Daló, indicó que serán convocados los directivos y jefes de fracciones para analizar las propuestas. Y ante la pregunta del periodista: ¿Cree usted que en este documento está recogida la opinión de los congresistas?, respondió: “Por una primera lectura, al parecer el Presidente ha recogido las opiniones escuchadas en la serie de consultas y entrevistas que realizó durante más de un mes”; y finalmente terminó diciendo que en la reforma del Poder Judicial “estamos todos comprometidos”. (Cfr. *El Universal*. Sábado 23 de noviembre de 1996. pág. 1-12 ).

Más concreta fue la posición asumida por el Secretario General del Partido Socialcristiano, Donald Ramírez, quien anunció que Copei objeta la Alta Comisión de Justicia, por considerar “impráctico” la integración de ese organismo integrado por 19 personalidades y 11 instituciones, y que además, según su criterio, “ la propuesta del Presidente Rafael Caldera no luce claramente constitucional, a la vez que la considera como una evasión del Ejecutivo en las funciones que le corresponden para resolver el problema carcelario y policial”. Como informa la prensa, Ramírez fijó la posición de esa organización política luego que el dirigente copeyano Ramón Guillermo Aveledo, presidente de la Cámara de Diputados, entregó a la Dirección Nacional partidista un comunicado en el cual analiza los factores negativos y positivos del planteamiento gubernamental. Sin embargo, el Comité Nacional de Copei estimó “moderado” el pronunciamiento de Aveledo y acordó “blindarlo” aún más para evitar posiciones inequívocas frente al Ejecutivo y ante la sociedad. (Cfr. *El Universal*. 26 de noviembre de 1996. pág. 1-12).

Por otra parte, en reunión de la Comisión Bicameral de Mesa del Congreso, los jefes de fracción presentaron sus observaciones por escrito sobre la propuesta de reforma judicial del presidente. Asistieron al encuentro parlamentario el presidente del Congreso, senador Cristóbal Fernández Daló; el presidente de la Cámara de Diputados Ramón Guillermo Aveledo; Henry Ramos Allup y Pedro Táбата Guznán, por AD; Haydée Castillo y Édgar Flores por Copei; Luis Manuel Esculpi y Gonzalo González por el MAS; José Miguel Uzcátegui y Juan Francisco Sosa Maury por Convergencia; José Albornoz y Alberto Müller Rojas por La Causa R; Gonzalo Pérez Hernández, por el sector Libertad de Conciencia.

En esta reunión, el diputado Ramón Guillermo Avelledo, vocero de la reunión, refirió que muchas de las medidas que puntualiza el Jefe del Estado en su propuesta “no requieren de ninguna reforma e incluso pueden ser tomadas ya por el Poder Ejecutivo, porque están bajo su absoluta responsabilidad, o por la propia Judicatura. En este sentido, apuntó que de once puntos del documento sólo tres deben ser sometidos a la consideración del Parlamento, pues implican reformas legales, pero el resto pueden ser ejecutados inmediatamente pues “son llevar a la práctica las vigentes leyes”. Reveló además el parlamentario que en los aspectos de la propuesta del Ejecutivo referidas a reformas legales “no todo el mundo está de acuerdo”. Por eso es que el Congreso espera que la Presidencia de la República presente un proyecto de ley y lo remita a su consideración para revisarlo y hacerle las observaciones pertinentes. Avelledo aclaró que en la reunión no se hizo referencia a la supuesta inconstitucionalidad de la alta comisión de justicia sino a su “inconveniencia”, y recordó que un organismo con las mismas características que el propuesto, fue presentado por Rafael Caldera en la oportunidad de su senaduría “y fue rechazado”. Los problemas que no pudieron ser resueltos por cinco personas en el Consejo de la Judicatura –comentó Avelledo– “serían más difíciles de solucionarse por un cuerpo de 19 miembros, representantes de once organismos distintos, 14 de los cuales no son funcionarios a tiempo completo sino gente que asistirá a reuniones esporádicas solamente”. (Cfr. *El Universal*. 26 de noviembre de 1996. pág. 1-13).

También la Dirección del partido “La Causa R” consideró que la conformación de la alta comisión de justicia por un total de 19 miembros, tal y como la propuso el gobierno, es muy amplia y pone en duda su operatividad, así como creen que ocho de los once puntos que conforman el plan son exclusiva responsabilidad del Ejecutivo y pueden cumplirse sin el concurso de los otros poderes públicos. Así mismo el Jefe parlamentario de La Causa R, José Albornoz, consideró que el conjunto de proposiciones deben dividirse en aquellas de corto, mediano y largo plazo, e incluir no sólo la materia penal, sino también la mercantil y la laboral, que también presentan retrasos importantes en su procesamiento. (Cfr. *El Universal* 26-11-96. pág. 1-13).

En cambio para el Movimiento al Socialismo (MAS), su presidente Gustavo Márquez catalogó las propuestas del jefe del Estado como “una

iniciativa sin precedentes en la vida democrática venezolana” y acotó que para hacerlas efectivas el MAS considera necesario aprobar el proyecto de Ley de Emergencia Judicial, impulsado por su dirigente Carlos Tablante”. (Cfr. *El Universal* cit. del 26-11-96 pág. 1-12). Al parecer –acotamos nosotros– el MAS olvida o no conoce el rechazo que ha tenido la idea de la Alta Comisión de Justicia propuesta inicialmente, como hemos visto, por el Presidente de la Comisión Bicameral, senador Rafael Caldera el año 1991.

Por su parte, la Dirección Nacional del partido Acción Democrática (AD), mediante el vocero del CEN, Arístides Hospedales, expresó sus dudas sobre la viabilidad constitucional de la Alta Comisión de Justicia, aunque consideraron que algunas de las ideas presentadas por el Ejecutivo Nacional pueden ser puestas en práctica de inmediato, y así lo exigieron. (Cfr. *El Universal*, cit del 26-11-96, pág. 1-12).

Para el Presidente del Consejo de la Judicatura, doctor Alberto Pérez Marcano, con la Alta Comisión de Justicia se eliminaría la autonomía judicial. “La creación de una alta comisión de justicia –dice el presidente del Consejo– constituiría la mayor intervención de los poderes Ejecutivo y Legislativo en el Judicial, con lo cual el país retornaría a los antiguos modelos autocráticos de administración de justicia”. Señaló además el Magistrado que la creación de la Alta Comisión de Justicia, o de una figura similar, implicaría que sus miembros conjuntamente con los magistrados del Consejo de la Judicatura, tendrán la facultad de nombrar y remover a los jueces a su libre arbitrio, lo cual atentaría contra el Estado de Derecho. Recordó asimismo el magistrado, que

el Consejo de la Judicatura es un organismo de rango constitucional con responsabilidades y atribuciones bien definidas, es decir, que sería necesario reformar la Constitución Nacional y la Ley del Consejo para poder modificar los principios actuales y definir la competencia que tendría el nuevo órgano que regulará el funcionamiento del Poder Judicial. (Cfr. *El Universal*. 28 de noviembre de 1996. pág. 1-27).

No obstante todo lo expuesto, la prensa del 29 de noviembre de 1996, comentando lo ocurrido en la segunda reunión sostenida en menos de una semana por los máximos representantes de los tres poderes públicos, informaba que la reforma judicial se dará sobre la base



presentada por el presidente Caldera; y titulaba en letras grandes: “Alta comisión de justicia es un tema vivo”.

En efecto, el ministro de la Secretaría de la Presidencia, Asdrúbal Aguiar, al término de la reunión aseguró que ninguno de los once puntos ha sido desechado como materia de discusión, y afirmó que los involucrados se han impuesto trabajar “a marcha forzada” para adelantar el balance de cuáles materias pueden ser sacadas en términos perentorios.

“Lo importante de todo esto –dijo Aguiar– es que el proceso avanza en forma sostenida y con una voluntad de compromiso de llevar adelante la reforma judicial tal y como está planteada, sobre la base de la iniciativa dictada por el presidente de la República”. (Cfr. *El Universal*. 29 de noviembre de 1996. pag. 1-12). Sin embargo, lo afirmado por el ministro de la Secretaría de la Presidencia el 29 de noviembre de 1996, no se compadece con lo publicado por el mismo diario el 6 de Diciembre de 1996, que titula a grandes letras así: “CSJ desecha alta comisión de justicia”.

En efecto, dice *El Universal*: Las críticas sobre la supuesta inoperatividad e inconstitucionalidad que distintos especialistas habían formulado acerca del planteamiento del Ejecutivo, al parecer, consiguieron eco entre los magistrados de la CSJ (Corte Suprema de Justicia), pues en el documento con las propuestas que elaboraron sobre la reforma judicial ni siquiera se menciona a la alta comisión de justicia. Aunque la presidenta del máximo tribunal, Cecilia Sosa Gómez –dice el mencionado diario– negó muy diplomáticamente que los magistrados hayan desechado la proposición presidencial, sí admitió que habían decidido “obviarla”.

La presidenta de la Corte Suprema de Justicia en realidad dijo:

La Corte no rechazó la Alta Comisión de Justicia, simplemente no asumió la propuesta del jefe del Estado sobre ese organismo y prefirió, sin pronunciarse en términos de su inconstitucionalidad o no, hacer un planteamiento distinto, más rápido y eficiente, para resolver este problema.

La Corte Suprema de Justicia propuso que los procesos administrativos en contra de los jueces se inicien y sustancien en el tribunal disciplinario de la judicatura pero que la decisión final quede en mano de los magistrados de la propia Corte Suprema de Justicia. De esta manera, el Consejo de la Judicatura quedaría facultado para instruir los expedientes

disciplinarios en contra de los jueces y de los empleados tribunalicios, aunque solamente podría tomar decisiones en el caso de estos últimos.

La doctora Sosa Gómez consideró que este sería un mecanismo “más eficiente, racional e inmediato” que la creación de la Alta Comisión de Justicia, pues para su aplicación sólo se requeriría de una reforma de la Ley del Consejo de la Judicatura.

Sin embargo, *El Universal* sostiene que “aunque la magistrada afirmó que la pérdida de la potestad disciplinaria sobre los jueces no debe ser interpretada como una merma de poder que sufrirá la Judicatura, en términos políticos esto es un hecho”. (Cfr. *El Universal*. 6 de diciembre de 1996. pág. 1-12).

En la misma reunión con el presidente Caldera, éste hizo entrega a los representantes de los poderes Legislativo y Judicial, sus proposiciones para reformar parcialmente la Ley de Carrera Judicial y la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, para sus análisis respectivos y sus posteriores respuestas al respecto.

Informa *El Universal*, que el ministro Andueza a su salida de la reunión señaló que “la reforma no va lenta, aquí no hay apuro ni nadie nos está poniendo un ultimatum, sólo que esto tiene que ser analizado, así como las proposiciones de los otros poderes”.

En el caso del proyecto de reforma parcial de la Ley de Carrera Judicial, el gobierno se centra en cambiar los artículos 13, 14, 23, 26, 35 y 36 que tienen que ver con el ingreso de aspirantes a la Carrera (Concurso de oposición) y la evaluación de los jueces.

En cuanto a la Reforma de la Judicatura solicita cambios en los artículos 7, 15, 82 y 83 referente a la designación de sus miembros, los cuales serán escogidos por la Corte Suprema, el Congreso Nacional y el Ejecutivo, si se logra una reorganización del Poder Judicial se incorporarán catorce representantes más, de esta manera se denominará Alta Comisión de Justicia. Pero esto significaría –a nuestro parecer– la continuación de la intervención de los poderes Legislativo y Ejecutivo en la Judicatura, que han dado lugar a la politización del Consejo de la Judicatura, que tanto daño a ocasionado al Poder Judicial. Por otra parte, las modificaciones que propone el Ejecutivo de artículos de la Carrera Judicial entre las cuales se menciona aprobar concursos de oposición como requisito para

los jueces, ésto ya está previsto en la Ley de Carrera Judicial desde su sanción el 11 de diciembre de 1980, pero no fueron aplicados los Concursos de Oposición por más de una década, sin que ninguno de los tres poderes se interesara por esto, pues los nombramientos de los magistrados del Consejo y de los jueces, se repartía entre la clientela política de cada poder, como ocurre todavía, y se acentúa más con la propuesta del Ejecutivo. Resulta pues sorprendente observar en la prensa la “noticia” en grandes letras, de que según el Proyecto de reforma de la Ley de Carrera Judicial presentado por el Ejecutivo: “Aprobar concursos de oposición sería requisito para los jueces”. (Cfr. *El Universal*. 7 de diciembre de 1996. pág. 1-16). Y en la prensa del día siguiente, también en grandes letras, que el Presidente de la Cámara de Diputados, Ramón Guillermo Avelledo ha dicho: “No entiendo por qué el presidente insiste en crear la alta comisión”. Dice Avelledo:

En una situación tan grave, las consultas que el presidente ha hecho deben servirle para formarse una idea de los consensos posibles. A mí me resulta evidente que la idea de la alta comisión de justicia no ha tenido consenso antes ni lo tiene ahora, y me resulta difícil comprender por qué se insiste en ella. El asunto contrasta, por ejemplo, con la reforma del régimen de prestaciones sociales. En ese campo el Presidente Caldera ha dicho que sólo habiendo un consenso se reformaría el régimen; en el caso de la alta comisión de justicia el Presidente insiste en una solución que tiene el consenso en contra. (Cfr. *El Universal*. 8 de diciembre de 1996. pág. 1-14).

También en escrito publicado el día siguiente en el mismo Diario, el doctor Hilarión Cardozo se refiere a “La reforma judicial y su fundamentación constitucional”, y entre otras opiniones expresa la siguiente: “La propuesta que conlleva a la reorganización del Poder Judicial, mediante la constitución del Consejo de la Judicatura en una alta comisión de justicia, tal como ha sido presentada, la considero inconstitucional y, aún cuando el Consejo llegara a aceptar el absurdo de constituirse en comisión incorporando a las instituciones sugeridas y dándoles poder de votación para rechazar o aprobar las propuestas del Consejo de la Judicatura, su funcionamiento, así planteado, constituiría una usurpación de atribuciones, puesto que este organismo no tiene facultades para constituirse en Consejo ampliado ni para transmitirle a otros representantes sus atribuciones o facultades.

Esta propuesta –agrega Cardozo– podría tener algún viso de legalidad, sólo mediante la modificación de la Ley del Consejo de la Judicatura, para incorporar a los representantes de todas esas instituciones como miembros del Consejo, pues sería la única manera de poder velar por la eficiencia, disciplina y decoro de los tribunales, que es una atribución que la Constitución le otorga al Consejo de la Judicatura. Otra reserva de orden constitucional que debemos señalar es la que tiene que ver con las dos atribuciones que se le conceden a la alta comisión de justicia, la primera que es la de remover a cualquier juez o funcionario judicial cuando la mayoría absoluta de sus miembros lo considere necesario, es contraria a la Constitución Nacional, que establece: “Los jueces no podrán ser removidos ni suspendido en el ejercicio de sus funciones, sino en los casos y mediante procedimientos que que determina la ley”.

En razón de estos criterios formulados –concluye Cardozo– “pienso que esta materia sigue abierta a las discusiones y espero que el Ejecutivo esté realmente dispuesto a oír y a buscar caminos cónsonos y viables en lo inmediato con los propósitos que se señalan”. (Cfr. *El Universal*. 9 de diciembre de 1996. pág. 1-4).

La cuestión de la reforma del poder judicial, y concretamente la del Consejo de la Judicatura, es evidentemente de interés nacional, y ningún venezolano admite que el sistema pueda continuar como está.

En la página 2-2 de opinión del *Universal* del 10 de febrero de 1997, el periódico resume bajo el título: “La Reforma Judicial,” la posición sostenida en dicho diario por conocidos e ilustrados escritores, y dice así:

La propuesta que discute el Congreso de la República sobre la Reforma del Poder Judicial, es considerada por los analistas como fundamental para la reconstitución de la sociedad venezolana. Emeterio Gómez asegura que el pseudoajuste macroeconómico que trata de impulsar el Gobierno está en franco declive, entre otras razones porque es imposible instaurar una economía de mercado si no se produce una profunda reforma en el funcionamiento del sistema judicial. Diego Bautista Urbaneja atribuye a las debilidades de este cuerpo que la expansión de la actividad económica se frene y la capacidad instalada sea mucho menos eficiente. Leonardo Montiel Ortega alerta sobre la desintegración de la estructura social y por lo tanto la falta de confianza en el país.

Juan Conde Barrozzi realiza un análisis sobre el costo estimado del nuevo sistema acusatorio penal.

Como se ve, la situación del Poder Judicial actualmente es crítica, su reforma integral es urgente, y la despolitización del Consejo de la Judicatura, prioritaria.

## **XI. LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA SANCIONADA EL 25 DE AGOSTO DE 1998 QUE ENTRÓ EN VIGENCIA EL 23 DE ENERO DE 1999**

Ante la imposibilidad de lograrse a corto plazo la enmienda constitucional que propiciaba la creación de la Alta Comisión de Justicia, a que nos hemos referido antes, y la poca esperanza de un consenso entre los tres poderes, el Congreso de la República optó por acelerar la reforma de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura del 24 de agosto de 1988, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.069 de fecha 7 de octubre de 1988, antes de que venciera el período constitucional. Y en efecto, fue sancionada la nueva reforma de dicha ley el 25 de agosto de 1998, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.534 del 8 de septiembre de 1998, y entró en vigencia el 23 de enero de 1999.

La Exposición de Motivos de esta nueva reforma de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, admite que hasta ahora, los resultados del desempeño del Consejo de la Judicatura están muy por debajo y muy lejos de las expectativas generadas con su creación y de la intención del constituyente. “El cuadro –dice la Exposición de Motivos– presenta características de burocratización, gerencia deficiente, respuestas inoportunas e insuficientes a los problemas y prácticamente, impunidad disciplinaria”; sin embargo, omite la Exposición de Motivos referirse a lo que es la causa principal de dichas deficiencias: la politización del Consejo de la Judicatura y la corrupción que genera la impunidad disciplinaria, apoyada por el clientelismo partidista.

Dice la Exposición de Motivos:

El Proyecto plantea una nueva organización para el Consejo, separando el área administrativa de la disciplinaria en dos Salas. La Sala

Administrativa es directora y reguladora. Establece líneas de acción, hace designaciones, dicta reglamentaciones y supervisa el cabal cumplimiento de sus decisiones. La Disciplinaria, por su parte, se concentrará en el conocimiento y decisión de los procedimientos disciplinarios –con potestad de nombrar su personal auxiliar y dictar su propio reglamento– buscando así superar la actual situación de denuncias sin pronunciamiento, expedientes iniciados y engavetados o terminados por prescripción a causa de falta de actividad. El proceso será oral y público y ofrece las mayores garantías tanto para el juez imputado como para el denunciante. La denuncia temeraria acarrea responsabilidades civiles y penales. Para la Sala Administrativa se distingue el nivel de dirección del nivel operativo, preservando en aquél su papel supervisor y se introducen elementos que promueven la elevación del profesionalismo de los funcionarios y criterios de índole meritocráticos para el ingreso y permanencia. Para la Sala Disciplinaria se crea una instancia cuya única función es conocer de esas causas, con claridad en la tipificación de los ilícitos y sus sanciones y con un proceso breve y transparente que merezca confianza tanto a los ciudadanos como a los jueces, todo ello apoyado en una inspección y vigilancia fortalecida.

Esta reforma rectifica los errores del Proyecto de Ley Orgánica Disciplinaria Judicial, presentado por la Fracción Parlamentaria del Partido Social Cristiano Copei el 4 de julio de 1995 al presidente de la Cámara de Diputados del Congreso de la República, y ha tomado en cuenta el obstáculo que presenta el artículo 217 de la Constitución de 1961 vigente para entonces, que incluye en el objeto del Consejo de la Judicatura, la disciplina de los tribunales; así como también la decisión de la Corte Suprema de Justicia del 6 de agosto de 1991 según la cual el Consejo de la Judicatura es un órgano administrativo y no judicial. En efecto, ahora, en esta reforma no se habla de “Función Jurisdiccional Disciplinaria”, como antes, sino de tres Salas, en el mismo Consejo: la Sala Plena, la Sala Administrativa y la Sala Disciplinaria, cada una con sus respectivas atribuciones (Arts. 10, 11 y 12), correspondiendo a la Sala Disciplinaria, conocer y decidir de los procedimientos disciplinarios en contra de los jueces; designar el personal auxiliar que requiera en su tarea específica; y dictar su Reglamento. Y lo que es más importante, el Art. 51 establece: “Contra las decisiones pronunciadas por la Sala Disciplinaria, podrá interponerse recurso de nulidad por ante la Sala Político Administrativa

de la Corte Suprema de Justicia;” lo cual significa el reconocimiento de su naturaleza administrativa al Consejo de la Judicatura.

En cuanto al procedimiento, el Art. 40 de la Ley establece que se inicia de oficio por la Inspectoría de Tribunales o a solicitud del Ministerio Público. También podrá iniciarse por la parte agraviada o de cualquiera de los órganos del Poder Público ante la Inspectoría de Tribunales directamente, o a través del Ministerio Público, el cual la transmitirá de acuerdo con lo previsto en esta Ley. El denunciante responde civil y penalmente por la falsedad de su denuncia.

Conforme al Art. 3º, para cumplir con sus funciones el Consejo funcionará en pleno y en otras dos salas: una Administrativa, integrada por tres consejeros, y otra Disciplinaria, integrada por cinco consejeros. Y si se examina el Art. 5º, relativo a la designación y duración del mandato de los consejeros, se concluye que resulta bastante amplia la intervención de los órganos políticos en la designación de los miembros del Consejo de la Judicatura bajo esta Ley; a tal extremo que los dos miembros que designa el Congreso, más los dos miembros que designa el presidente de la República, igualan a los cuatro miembros que designa la Corte Suprema de Justicia. De manera que toda decisión del Consejo en pleno, requerirá un acuerdo absoluto con los dos poderes políticos que intervienen en su constitución: el Congreso y el presidente de la República. A su vez, en las decisiones de la Sala Administrativa, los mencionados Poderes: Legislativo y Ejecutivo tienen cada uno un consejero y la Corte Suprema de Justicia otro, de modo que aquellos tienen la mayoría en las decisiones. Sólo en la Sala Disciplinaria, tiene mayoría la Corte Suprema de Justicia, que cuenta con tres Consejeros y los otros poderes con un consejero cada uno. Y así, el Consejo de la Judicatura, que conforme al Art. 2 de la Ley es el órgano de gobierno judicial encargado de asegurar la independencia, autonomía, eficacia, disciplina y decoro de los tribunales y de los jueces, y de garantizar a éstos los beneficios de la carrera judicial, carece de tal independencia y autonomía, cuando funciona en pleno y en la Sala Administrativa.

Esta nueva Ley, que entró en vigencia el 23 de enero de 1999, no elimina en absoluto las deficiencias del Consejo de la Judicatura reconocidas por todos los proyectos de reforma que hemos analizado, incluyendo el de la presente Ley; porque a nuestro parecer, la reforma

ha sido solamente estructural, y como tal, ha mantenido la intervención de los poderes Legislativo y Ejecutivo en la conformación del Consejo de la Judicatura, que es la causa política que desde su nacimiento ha impedido la autonomía del Consejo como órgano del Poder Judicial.

Los legisladores de esta nueva ley parecen olvidar, que ni al Consejo de la Judicatura en sí, como Institución, ni a las Salas en sí, como medios instrumentales de actuación, pueden atribuirse las fallas que señalan en su Exposición de Motivos. Como es sabido, la acepción común y directa de Institución es la de instituto, creación, organización, con tendencia permanente, como lo es el Estado, la Familia, la Empresa, etc. Sólo a los sujetos que operan la Institución o las Salas, en el caso del Consejo de la Judicatura, pueden atribuirse las fallas, la ineficacia, la corrupción originada por el clientelismo político, pero nó a la Institución. ¿Acaso la modificación de la estructura del Consejo mediante la división en Sala Administrativa y Sala Disciplinaria como instancia, acaba con el clientelismo político?. Así mismo, cuando el Art. 40 *in fine* de la nueva Ley, que trata del inicio del procedimiento disciplinario, establece que el denunciante responde civil y penalmente por la falsedad de su denuncia, evidentemente que esta amenaza hace nugatoria la norma para la parte agraviada, pues ¿ qué Profesional de la abogacía, o cliente suyo, se arriesgará a iniciar acusación contra el Juez, sabiendo que su denuncia puede ser calificada por la Sala Disciplinaria de “temeraria” o de “falsedad” para beneficiar al juez? ¿Acaso esta reforma de la ley ha desterrado la politización del Consejo de la Judicatura? Cuando el art. 217 de la Constitución del 23 de enero de 1961 que creó el Consejo de la Judicatura, estableció que “En él deberá darse adecuada representación a las otras ramas del Poder Público”, aseguró por esta vía la intromisión de dichos poderes en el Consejo de la Judicatura, y así, desde su nacimiento, las otras ramas del Poder Público, por razones políticas, han venido impidiendo la autonomía del Consejo, que es un órgano del Poder Judicial para asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los Tribunales y garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial. Se concibió así un Consejo llamado a asegurar a los Tribunales una independencia que él mismo no tiene. Es difícil juzgar la intención de los constituyentes al establecer esta regla. Algunos piensan que si bien el Art. 118 de la misma Constitución establece que “Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias” (división de los poderes), también establece la misma norma que “los órganos a los



que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado”, y por esta razón el Legislativo y el Ejecutivo intervienen en la conformación del Consejo de la Judicatura. Sin embargo, cabría preguntarse, si esto es así, ¿ por qué no se estableció también en la Constitución que el Poder Judicial mediante su órgano máximo: la Corte Suprema de Justicia “coopere” con el Ejecutivo en la conformación del Consejo de Ministros, y con el Legislativo en la discusión final de la formación de las leyes?. Nosotros pensamos, por una parte, que se trata, en el mejor de los casos, de una errónea interpretación de la última parte del Art. 118, pues la colaboración entre sí de las ramas del Poder Público para la realización de los fines del Estado, no tiene el sentido que se le ha venido dando, porque “colaboración” no es “intervención” en las funciones propias de las otras ramas del Poder Público, ni en la conformación de sus instituciones, sino ayuda en la obtención de los fines que persigue cada rama. Así, v.gr. cuando el Poder Judicial dicta una decisión, el Ejecutivo colabora en su ejecución forzada mediante sus órganos apropiados. Cuando el Poder Legislativo sanciona una Ley, el Ejecutivo colabora poniéndole el “Ejecútese”. Cuando la Ley dictada por el Poder Legislativo es violada, el Poder Judicial colabora ordenando su cumplimiento mediante sus órganos apropiados, etc. En la práctica, la “colaboración” de las otras ramas del Poder Público con el Consejo de la Judicatura, se ha convertido en su “dependencia” de ellos, puesto que la independencia del Consejo se encuentra mediatizada, o mejor dicho, intervenida por las ramas Ejecutiva y Legislativa al intervenir en su conformación; pues como hemos dicho antes, “colaboración” no significa predominio, ni mucho menos avasallamiento de los poderes políticos sobre el Poder Judicial. Esto ha conducido, como es la realidad, a la politización de la justicia, al clientelismo político en la designación de los magistrados del Consejo y de los jueces; y lo que es más grave, en el surgimiento de las llamadas “tribus judiciales” de políticos que negocian con los jueces las sentencias en favor de su clientela.

Hoy, a la distancia que estamos de la creación del Consejo de la Judicatura, todavía está vigente aquél reclamo del ex presidente Rómulo Betancourt cuando en el discurso político en Maracay el 9 de septiembre de 1978, refiriéndose a la necesidad de una ley que “limpie al Poder Judicial” expresó: “Hay muchos jueces honestos en Venezuela, pero no estoy diciendo nada que no sepan los venezolanos, cuando digo que en

los tribunales se negocia con las sentencias condenatorias o absolutorias según el número de billetes que se aporten.” Desde el 16 de septiembre de 1969, fecha de nacimiento del Consejo de la Judicatura, hasta hoy, han transcurrido más de tres décadas, y todavía está por realizarse completamente una reforma del Consejo de la Judicatura que lo haga verdaderamente autónomo y extraño a la intervención política.

## **XI. LA ELIMINACIÓN DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA POR LA NUEVA CONSTITUCIÓN DE 1999**

En las elecciones nacionales del 6 de diciembre de 1998 para presidente de la República, obtuvo amplia mayoría el comandante Hugo Chávez Frías, el cual, proclamado presidente por el Consejo Supremo Electoral, tomó posesión de su cargo el día 2 de Febrero de 1999 y dictó el Decreto Nº 3 por el cual el 25 de abril de 1999 sometió a Referéndum Consultivo que el pueblo se pronunciase sobre la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente y las Bases Comisiales de la misma.

Habiendo tenido resultado positivo este Referéndum, fue elegida el 25 de julio de 1999 la Asamblea Nacional Constituyente, la cual con fundamento en el Artículo 1º del Estatuto de Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, y en el Artículo Único del Decreto que declara la reorganización de todos los órganos del Poder Público, aprobado el 12 de agosto de 1999, decretó la Reorganización del Poder Judicial el 18 de agosto de 1999 y asumió la misión de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permita el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa.

Dicha Asamblea Nacional Constituyente proclamó la nueva Constitución el 16 de noviembre de 1999, aprobada luego por Referéndum Aprobatorio el 15 de diciembre de 1999 y publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 36.860 de fecha 30 de Diciembre de 1999.

Con base en el mencionado Referéndum Consultivo, la Asamblea Nacional Constituyente decretó el 22 de diciembre de 1999 el Régimen de Transición del Poder Público, que regula su estructuración, con el propósito de permitir la vigencia inmediata de la Constitución.

Tenemos así una nueva Constitución sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente en democracia, derivada del Poder Constituyente Originario que corresponde al pueblo, sin que se hubiese producido una ruptura del ordenamiento constitucional.

En ejercicio de este poder para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico, la Asamblea Nacional Constituyente introdujo en la nueva Constitución de La República Bolivariana de Venezuela, varias reformas del Poder Judicial, entre ellas: la sustitución de la Corte Suprema de Justicia por el Tribunal Supremo de Justicia, la reforma del Gobierno y Administración del Poder Judicial y la eliminación del Consejo de la Judicatura.

En efecto, en el Título V de la Constitución, que trata de la Organización del Poder Público Nacional, Capítulo III, referente al Poder Judicial y al Sistema de Justicia, la Sección Segunda, trata del Tribunal Supremo de Justicia, de las Salas para su funcionamiento (Art. 262), de los requisitos para ser magistrado o magistrada del Tribunal Supremo (Art. 263), y el período único de diez años de los elegidos (Art. 264); y se deja a la ley la determinación del procedimiento de la elección. En todo caso, el Art. 264 de la Constitución establece que podrán postularse candidatos o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica; y el Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual efectuará la selección definitiva. Los ciudadanos y ciudadanas podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados o postuladas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, o ante la Asamblea Nacional.

Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia podrán ser removidos o removidas por la Asamblea Nacional mediante una mayoría calificada de las dos terceras partes de sus integrantes, previa audiencia concedida al interesado o interesada, en caso de faltas graves ya calificadas por el Poder Ciudadano, en los términos que la ley establezca (Art. 265).

En concordancia con lo expuesto en la Sección Segunda sobre el Tribunal Supremo de Justicia, el Régimen de Transición del Poder Público, decretado por la Asamblea Nacional Constituyente el 22 de Diciembre

de 1999, establece en el Capítulo IV relativo al Poder Judicial, Sección Primera, que trata del Tribunal Supremo de Justicia (Art.17) que la Corte Suprema de Justicia, sus Salas y dependencias administrativas pasan a conformar el Tribunal Supremo de Justicia previsto en la Constitución aprobada por el pueblo de Venezuela, y que además de las Salas Político Administrativa, de Casación Penal y de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, se crean las Salas Constitucional, Social y Electoral del Tribunal Supremo de Justicia previstas en el Art. 262 de la Constitución. Además, conforme al Art. 18, los derechos y obligaciones asumidos por la República, por órgano de la Corte Suprema de Justicia, quedan a cargo del Tribunal Supremo de Justicia; y los gastos requeridos para la entrada en funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia se harán con cargo al presupuesto de la Corte Suprema de Justicia vigente. Así mismo, la asignación presupuestaria de la Corte Suprema de Justicia para el presupuesto del año 2000, lo será para el Tribunal Supremo de Justicia. En cuanto a los funcionarios de la Corte Suprema de Justicia, éstos seguirán en sus cargos hasta tanto el Tribunal Supremo de Justicia efectúe nuevos nombramientos, u ordene la reestructuración de los servicios administrativos y dicte las normas respectivas. Por otra parte, los procedimientos administrativos que estén sustanciados por ante la Corte Suprema de Justicia, serán resueltos por el Tribunal Supremo de Justicia; y éste continuará usando la papelería respectiva existente hasta su agotamiento, para la comunicación oficial, actos administrativos, informes, memoranda, cuentas y sentencias que hubieren de realizar.

De conformidad con la integración prevista por la Constitución para cada una de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en el Art. 19 del Régimen de Transición del Poder Público, se designaron los Magistrados para las distintas Salas, el presidente, primer vicepresidente y segundo vicepresidente del Tribunal Supremo de Justicia, y se dejó para la Comisión Legislativa Nacional el nombramiento de los suplentes de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. Esta Comisión Legislativa Nacional ejerce el Poder Legislativo Nacional hasta tanto se elijan y tomen posesión los diputados integrantes de la Asamblea Nacional, que conforme al Art. 186 de la Constitución ejercerá el Poder Legislativo Nacional. Sin embargo, conforme al Art. 20 las designaciones de magistrados y suplentes a que se refiere el Art. 19 son de carácter provisorio

hasta que la Asamblea Nacional realice las designaciones o ratificaciones definitivas de conformidad con la Constitución.

La Sección Tercera del Capítulo III que venimos comentando, trata del Gobierno y la Administración del Poder Judicial. En efecto, el Artículo 267 de la Constitución establece:

Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial.

La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley.

El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas estará fundado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictará la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley.

Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales.

En concordancia con este precepto constitucional, el Régimen de Transición del Poder Público, en el Capítulo IV trata del Poder Judicial, y en la Sección Primera del Tribunal Supremo de Justicia establece:

Artículo 17. La Corte Suprema de Justicia, sus Salas y dependencias administrativas pasan a conformar el Tribunal Supremo de Justicia previsto en la Constitución aprobada por el pueblo de Venezuela. Además de las Salas Político Administrativa, de Casación Penal y de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, se crean las Salas Constitucional, Social y Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, previstas en el Artículo 262 de la Constitución.

Artículo 18: Los derechos y obligaciones asumidos por la República por órgano de la Corte Suprema de Justicia, quedan a cargo del Tribunal Supremo de Justicia.

Los gastos requeridos para la entrada en funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia se harán con cargo al presupuesto de la Corte Suprema de Justicia vigente. La asignación presupuestaria de la Corte Suprema de Justicia para el presupuesto del año 2000 lo será para el Tribunal Supremo de Justicia.

Los funcionarios de la Corte Suprema de Justicia seguirán en sus cargos hasta tanto el Tribunal Supremo de Justicia efectúe nuevos nombramientos, u ordene la reestructuración de los servicios administrativos y dicte las normas respectivas.

Los procedimientos administrativos que estén sustanciados por ante la Corte Suprema de Justicia serán resueltos por el Tribunal Supremo de Justicia.

EL Tribunal Supremo de Justicia, continuará usando la papelería respectiva existente hasta su agotamiento, para la comunicación Oficial, actos administrativos, informes, memoranda, cuentas y sentencias que hubieren de realizar.

En relación con estos cambios, observamos lo siguiente:

1). El cambio de nombre de la Corte Suprema de Justicia por el de Tribunal Supremo de Justicia, carece de trascendencia. En general, Tribunal es todo órgano del Poder Judicial investido de la función jurisdiccional, y puede ser unipersonal o colegiado. Es ya tradicional denominar legalmente Corte a los tribunales colegiados y a los unipersonales simplemente Tribunal. Sin embargo, genéricamente, Corte es Tribunal. Por ello la anterior Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia la definía en su Art. 1º como el más alto Tribunal de la República y la máxima representación del Poder Judicial; y contra las decisiones que dicte, en Pleno o en alguna de sus Salas, no se oye ni admite recurso alguno. Si alguna novedad puede destacarse en su estructura, es que ahora, además de las Salas Político Administrativa, de Casación Penal y de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, se crean tres (3) Salas más: la Sala Constitucional, la Sala Electoral y la Sala de Casación Social que comprenderá lo referente a la casación agraria, laboral y de menores, previstas en el Artículo 262 de la Constitución, pues en lo demás, como lo establece el Artículo 17 del Régimen de Transición del Poder Público, decretado por la Asamblea Nacional Constituyente: “La Corte Suprema de Justicia, sus Salas y dependencias administrativas pasan a conformar el Tribunal Supremo de Justicia previsto en la Constitución”.

Por ello, que la nueva Constitución denomine Tribunal Supremo de Justicia a la anterior Corte Suprema de Justicia, no pasa de ser un simple cambio de nombre.

2) Más trascendencia tiene la eliminación del Consejo de la Judicatura, pues según el Artículo 21 del Régimen de Transición del Poder

Público, la función administrativa que tenía el Consejo de la Judicatura, de gobierno, administración, inspección, vigilancia y disciplina del poder judicial, sus salas y dependencias administrativas, pasan a conformar la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, adscrita al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con el Artículo 267 de la Constitución, quedando extinguido aquél. Y según el mismo artículo 21, mientras el Tribunal Supremo de Justicia no organice la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, las competencias de gobierno y administración, de inspección y vigilancia de los tribunales y de las defensorías públicas, así como las competencias que la actual legislación le otorga al Consejo de la Judicatura en sus Salas Plena y Administrativa, serán ejercidas por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Poder Judicial.

Aquí, la cuestión es más compleja. Primeramente consideramos lamentable la extinción del Consejo de la Judicatura, que es una Institución autónoma existente en muchos países desarrollados y con gran tradición en el gobierno y administración del Poder Judicial.

Como hemos expresado antes, las numerosas e injustificables fallas que se atribuyen al Consejo de la Judicatura, no son de éste como Institución, sino de la politización o clientelismo político que ha privado en sus funcionarios y en los jueces por la intervención de los poderes políticos en el Consejo; y si no se pone fin a esta situación, designando funcionarios y jueces capaces y honestos, seguirán las mismas fallas y corruptelas en la nueva Dirección Ejecutiva de la Magistratura adscrita al Tribunal Supremo de Justicia, pues la cuestión es de orden humano y profesional, no de estructuras organizativas.

Por otra parte, consideramos impropio adscribir al Tribunal Supremo de Justicia la función administrativa del extinto Consejo de la Judicatura referente al gobierno, administración, inspección, vigilancia y disciplina del poder judicial, que ahora pasan a conformar la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo, porque éste es el supremo órgano jurisdiccional del Poder Judicial, mientras que las funciones que conforman la llamada "Dirección Ejecutiva de la Magistratura" son de orden administrativo, que no corresponden al Tribunal Supremo de Justicia. Por ello, la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, de fecha 7 de octubre de 1988, en el único aparte del Artículo 1 definió exactamente al Consejo de la Judicatura así: "El Consejo de la Judicatura es el órgano

administrativo encargado de ejercer el gobierno judicial, conforme a las disposiciones de la Constitución y Leyes de la República.”

Igualmente, la última Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, de fecha 23 de enero de 1999, en su Artículo 2º definió los fines de dicho Consejo, y en el Artículo 3º su composición y sede así:

Artículo 2º. Fines.

El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno judicial encargado de asegurar la independencia, autonomía, eficacia, disciplina y decoro de los tribunales y de los jueces, y de garantizar a éstos los beneficios de la carrera judicial.

Artículo 3º. Composición y sede.

Para cumplir con sus funciones el Consejo de la Judicatura funcionará en pleno y en dos salas: una Administrativa, integrada por tres Consejeros, y otra Disciplinaria, integrada por cinco Consejeros, cada uno con su respectivo suplente. Su sede será la Capital de la República.

Si ahora, el Artículo 267 de la Constitución asigna al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial y de las Defensorías Públicas; y en concordancia con dicho artículo de la Constitución el Artículo 21 del Régimen de Transición del Poder Público, al tratar del Gobierno, Administración, Inspección, Vigilancia y Disciplina del Poder Judicial establece que: “El Consejo de la Judicatura, sus Salas y dependencias administrativas pasarán a conformar la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, adscrita al Tribunal Supremo de Justicia”, es evidente que las funciones administrativas del extinto Consejo de la Judicatura son las mismas que pasan a conformar la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, adscrita al Tribunal Supremo de Justicia, que no es un órgano administrativo, sino jurisdiccional, dándole así, impropia y concurrencia al Tribunal Supremo de Justicia, una concurrencia de atribuciones judiciales y administrativas que desvirtúan su carácter de Tribunal Supremo de Justicia.

Habría sido correcto más bien, que el Tribunal Supremo de Justicia, como cabeza del Poder Judicial, hubiera conocido de la jurisdicción disciplinaria, ya directamente, o bien por apelación de las desiciones disciplinarias del órgano correspondiente. Sin embargo, el Art. 267 de la



Constitución, en su primer aparte, establece que la jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la Ley, y le deja al Tribunal Supremo la función administrativa, lo cual no nos parece acertado, pero no excluye que la Ley establezca la apelación al Tribunal Supremo de las decisiones de los tribunales disciplinarios.

En cambio, nos parece acertado el Artículo 267 de la Constitución, cuando establece en el segundo aparte: “El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas será fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictará la Asamblea Nacional;” pues si bien la Ley de Carrera Judicial establece con amplitud los motivos de sanciones a los jueces y la gravedad de ellos, nos parece conveniente que tengamos específicamente un “Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana”.

Finalmente, después de analizar el triste y lamentable funcionamiento del Consejo de la Judicatura desde su nacimiento el 16 de septiembre de 1969, que como hemos dicho al comienzo, nació enfermo, resulta que en más de tres décadas de su existencia, no fue posible curar su enfermedad, porque sus médicos (los legisladores) equivocaron siempre el diagnóstico de la verdadera enfermedad (la intervención de los poderes políticos en su conformación), que afectó considerablemente la autonomía del Consejo y dió paso al clientelismo político (padrino de la corrupción judicial).

Ha sido general el rechazo de la colectividad a esta situación, que de la evidente falta de seguridad jurídica que provocaba, llegó al extremo de identificarse con el terrorismo judicial. Era necesaria una revolución, que transformara en profundidad el sistema judicial, y afortunadamente llegó la revolución, pero una revolución pacífica, con base democrática en la voluntad del pueblo venezolano, consultada en diversas ocasiones. Y hemos de tener esperanza en que si bien al proyecto de reforma judicial en marcha pueden señalársele ciertas deficiencias, como a todo lo humano, porque nadie es infalible, está en marcha la reforma y la esperanza de todos, de que los médicos de ahora acierten con el diagnóstico y se logre lo que todos deseamos: un Poder Judicial confiable, conformado por hombres doctos y honestos, con hambre y sed de justicia, para dar a cada uno lo suyo.

## **Competencia procesal internacional vs. Jurisdicción: la añorada unificación terminológica**

Andrés A. Mezgravis\*

Se le atribuye a Etienne Bartin, por sus memorables *Etudes sur les effets internationaux des jugements*, publicados en el Journal Clunet de 1904 a 1906, la difusión en la doctrina francesa de los conceptos de *competencia general* y *competencia especial* y también de *competencia directa e indirecta*<sup>1</sup>.

De allí que, un gran número de autores influenciados por la doctrina francesa, denominaran “normas de competencia internacional” a las reglas dictadas por cada Estado para determinar los asuntos sometidos a sus Tribunales<sup>2</sup>.

---

\* Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello, y miembro de la firma Travieso, Evans, Hughes, Arria, Rengel & Paz. Caracas, Venezuela.

1 Cfr SÁNCHEZ-COVISA Joaquín; Obra Jurídica, Edic Contraloría General de la República de Venezuela, Ccs, 1976, nota 3 p. 383.

2 Cfr PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: “Normas de Derecho Procesal Civil Internacional, Conferencias sobre el Nuevo Código de Procedimiento Civil”, p. 148. También en Estudios de Derecho Procesal Civil Internacional. U.C.V., Ccs, 1998, p. 262. La competencia internacional indirecta responde al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. WEINBERG DE ROCA Inés Mónica; Competencia

El profesor Sánchez-Covisa en su estudio “Anotaciones sobre la competencia procesal internacional indirecta”, publicado en 1957<sup>3</sup> señalaba que en esa época se estaba muy lejos de una unificación terminológica que distinguiera con claridad el concepto, por un lado, de *competencia internacional, jurisdiccional, abstracta*, o simplemente “*jurisdicción*”<sup>4</sup>, del concepto de *competencia interna, especial, concreta* o simplemente “*competencia*”<sup>5</sup>.

Con la promulgación del Código de Procedimiento Civil de 1987, tanto la doctrina como nuestra jurisprudencia reaccionaron frente a esas confusiones tradicionales. Sin lugar a dudas, el nuevo Código introdujo importantes cambios que hicieron posible una visión más nítida de esos conceptos, lo cual acabó en gran medida con la confusión terminológica.

Hoy en día existe consenso en que si bien el Estado ejerce en *abstracto* ilimitadamente su propia jurisdicción, en realidad en consideración a la existencia de otros Estados que también ejercen su función de administrar justicia, o bien en consideración a su propio interés, limita esa función, determinando, en virtud de ciertos criterios, las controversias o asuntos respecto de los cuales la ejercerá.<sup>6</sup> Por ello se ha dicho que la jurisdicción como expresión de la soberanía del Estado tiene la misma extensión que ella.<sup>7</sup>

---

internacional y ejecución de sentencias extranjeras. Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 2. La expresión “competencia internacional” fue acuñada por Robert Neuner (Internationale Zuständigkeit) en 1929. HERNÁNDEZ-BRETÓN Eugenio; “La autonomía de las partes en el sistema de la competencia procesal internacional directa”, en el Libro Homenaje a Werner Goldschmidt, U.C.V, Ccs, 1997, nota 1, p. 122.

3 Studia Iurídica, nº 1. U.C.V, Ccs, 1957, pp. 432-466, y también en Obra Jurídica de Joaquín Sánchez-Covisa, Edic. Contraloría General de la República de Venezuela, Ccs, 1976, p. 382 y ss.

4 En esa misma época solían usarse en Italia los términos *giurisdizione* y *competenza giurisdizionale*. En Alemania se hablaba comúnmente de *staatliche* o *internazionaler Zuständigkeit*; y en el Derecho angloamericano se empleaba preferentemente el término *jurisdiction*. Cfr SÁNCHEZ-COVISA, ob. cit., nota 3, p. 383.

5 Cfr SÁNCHEZ-COVISA, ob. cit., pp. 382-383.

6 Cfr. MORELLI, Gaetano; “Derecho Procesal Civil Internacional”, p. 85 y ss.

7 Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe; “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, tomo II, p. 35, En este mismo sentido CALAMANDREI Piero, “Instituciones de Derecho Procesal Civil”, vol. II, p. 103.

No obstante, tal y como enseña Calamandrei, “del concepto de jurisdicción no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos. No sólo las formas externas, a través de las cuales se desarrolla la administración de la justicia, sino también los métodos lógicos del juzgar, tienen un valor contingente, que no puede ser determinado sino en relación con cierto momento histórico”.<sup>8</sup>

Por nuestra parte, y sin perjuicio de esta reveladora advertencia hecha por el maestro italiano, hemos definido la jurisdicción como *la función* con que un órgano del Estado, previamente determinado por ley, interviene en los asuntos que ésta le atribuye, declarando en lugar del particular, de jueces de otras ramas jurisdiccionales, de otros órganos públicos o *del juez extranjero*, si existe en el caso concreto la tutela jurídica del derecho o interés reclamado, imponiendo al obligado, inclusive coactivamente si fuere necesario, la observancia de la correspondiente decisión<sup>9</sup>. Asimismo, siguiendo los lineamientos del profesor colombiano Devis Echandía, hemos sostenido que entre la jurisdicción y la competencia hay una diferencia cuantitativa y no cualitativa.<sup>10</sup> Un juez tiene competencia

8 CALAMANDREI, ob. cit., vol. I, p. 114.

Una muestra de que el concepto de jurisdicción tiene un valor contingente, es la lenta pero progresiva derogación del monopolio estatal o de la función “exclusiva” del Estado de administrar justicia, constituida por el desarrollo del ideal de “jurisdicción internacional”. Sin duda, sostiene la profesora Tatiana Maekelt, ha sido “la constitución de la Corte Europea el paso más relevante en tanto su creación trajo aparejada la presencia de un juez independiente y permanente en el plano internacional, cuyos fallos resultan obligatorios tanto para los órganos de las Comunidades Europeas, como para los Estados o particulares, sujetos de las relaciones internacionales”. “La creación de la Corte de Justicia del Acuerdo de Cartagena, que ha respondido a la necesidad de contar con una autoridad judicial para interpretar las normas emanadas del Acuerdo Subregional Andino, es un ejemplo americano y alentador de la posibilidad de contar con una jurisdicción subregional para la efectiva aplicación de las normas comunitarias”: (BOGDANOWSKY DE MAEKELT, Tatiana: “Tribunales Especiales en Materia del Derecho Internacional Privado”, Rev. de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, No. 63, UCV, p. 65 y 67). Por su parte, MICHELI habla de superación del monopolio estatal, por aplicación de los principios de solidaridad internacional. (MICHELI Gian Antonio, “Curso de Derecho Procesal Civil”, Vol. I, p. 10).

9 Cfr MEZGRAVIS Andrés; “La Unidad de la Jurisdicción: un mito en el Derecho venezolano”, Rev UCV, Nº 108, Ccs 1998, p. 287.

10 Cfr DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, tomo I, p. 133.

para un asunto, cuando le corresponde su conocimiento con prescindencia de los demás jueces del mismo Estado que ejercen igual jurisdicción, en la misma circunscripción o en una distinta. Un juez puede tener jurisdicción en relación con un asunto determinado, pero, carecer de competencia para él, por razones de la materia específica, cuantía o territorio.

Y naturalmente, si no tiene jurisdicción para el caso, menos le corresponde la competencia. Por lo tanto, lo primero que debe hacer un juez cuando se le pide que conozca de un asunto, es ver si corresponde a su jurisdicción. Una vez que concluya afirmativamente, procederá a estudiar si tiene competencia para él.<sup>11</sup>

El Profesor Sánchez-Covisa ante la falta de uniformidad terminológica en la época en que realizó su obra y consciente de la confusión generalizada respecto a los términos “jurisdicción” y “competencia”, optó por utilizar el término “competencia procesal internacional”, sin dejar de advertir que mientras las “normas de competencia procesal internacional” resuelven conflictos de “jurisdicciones”, las “normas de derecho internacional privado” *sensu strictu*, resuelven conflictos de leyes.<sup>12</sup>

La denominación “competencia procesal internacional” sugerida por el profesor Sánchez-Covisa fue recogida en el Código de Procedimiento Civil de 1987. Sin embargo, no estuvo exenta de críticas, pues, al poco tiempo de que el Presidente de la República estampara el ejecútese al referido Código, no tardaron en aparecer las objeciones del profesor Parra-Aranguren<sup>13</sup>. Y es que ciertamente el vocablo “competencia”, lo utiliza la ley nacional para distribuir entre los diversos tribunales pertenecientes a una misma jurisdicción, con fundamento en la materia de la controversia, sus vínculos territoriales, y la cuantía del litigio. El

---

11 Ibidem.

12 Cfr SÁNCHEZ-COVISA, ob. cit., nota 9, pp. 389-390. Hasta donde sabemos, el maestro Lorenzo Herrera Mendoza aunque no tomó partido en esta discusión, no acogió la denominación “competencia internacional” ni “competencia procesal internacional”, sino que se limitó a utilizar el término “jurisdicción”. Cfr HERRERA MENDOZA Lorenzo; Estudios sobre Derecho Internacional Privado y temas conexos, Emp. “El Cojo”, S.A., diciembre 1960, p. 374 y ss.

13 Cfr PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: “Normas de Derecho Procesal Civil Internacional, Conferencias sobre el Nuevo Código de Procedimiento Civil”, Ccs 1986, p. 148-149.

calificativo “internacional” tampoco es adecuado, por cuanto se trata de un precepto de carácter esencialmente nacional<sup>14</sup>, que en la generalidad de los casos emana de los legisladores estatales<sup>15</sup>. El profesor Parra-Aranguren luego de formular sus críticas casi en los mismos términos antes expuestos, expresa que el Código de Procedimiento Civil italiano y los autores angloamericanos pretenden superar las objeciones anteriores con el nombre “jurisdicción”, pero, en su criterio, aun cuando este vocablo puede parecer más conveniente, “también es susceptible de crítica, en virtud de los múltiples significados del término “jurisdicción”<sup>16</sup>. En fin, el reconocido profesor a pesar de las críticas hechas a ambas terminologías se abstiene de proponer una solución.

Por su parte, el profesor Hernández-Bretón sostiene que la jurisdicción y la competencia procesal internacional directa constituyen presupuestos procesales independientes que ameritan una regulación individualizada, pues, considera que la diferencia entre ellas no es solamente de tipo terminológica, sino también conceptual.<sup>17</sup> Añade el Profesor Hernández-Bretón que la distinción antes señalada puede considerarse hoy en día como “patrimonio común de la cultura jurídica de los países occidentales que tienen raíces en el Derecho romano”<sup>18</sup>, y que “la terminología utilizada por la legislación, jurisprudencia y doctrina suramericanas conduce fácilmente a malos entendidos”<sup>19</sup>

Nosotros, en cambio, expusimos en diversos trabajos<sup>20</sup> que esas últimas observaciones por parte del profesor Parra-Aranguren, así como las críticas del profesor Hernández-Bretón no nos parecían acertadas. En

---

14 HERNÁNDEZ-BRETÓN Eugenio; “Modificación de la Competencia Procesal Internacional Directa por razón de Conexión”; Rev. UCAB, Dic. 1991, nº 43, nota 7, p. 220.

15 Cfr PARRA-ARANGUREN, Gonzalo: “Normas de Derecho Procesal Civil Internacional, Conferencias sobre el Nuevo Código de Procedimiento Civil”, p. 148-149.

16 PARRA-ARANGUREN, ídem, p.149.

17 HERNÁNDEZ-BRETÓN Eugenio; “Modificación de la Competencia Procesal Internacional Directa por razón de Conexión”; Rev. UCAB, Dic. 1991, nº 43, nota 1, p. 217. Asimismo, en “La autonomía de las partes en el sistema de la competencia procesal internacional directa”, ob., cit., pp. 126-127.

18 Ídem, “La autonomía...”, p. 140.

19 Ibídem, p. 141.

20 MEZGRAVIS Andrés; “Algunas Consideraciones sobre la jurisdicción y el Arbitraje”, Rev. UCAB, nº 50, p. ; y en “La Unidad de la Jurisdicción... ob. cit., pp. 301 y 302.

efecto, si bien es cierto que al término “jurisdicción” se le ha atribuido múltiples significados “erróneos”, y frecuentemente es confundido con el término “competencia”, no menos cierto es que ello no desvirtúa su correcta definición. En sentido estricto, se habla de

“conflictos de jurisdicción” cuando se discute si el asunto corresponde a un juez nacional o a un juez extranjero, porque cuando se discute si el asunto corresponde a la Administración, más que de un conflicto de jurisdicción, se debe hablar de un conflicto de “atribución”<sup>21</sup>, pues, como enseña Alcalá-Zamora y Castillo, iguales razones habría para denominarlos “conflictos administrativos.”<sup>22</sup>

Además, nos preguntamos cómo puede ser más apropiado el vocablo “competencia” que el de “jurisdicción” cuando éste último precisamente en materia de conflictos, en una de sus hipótesis, configura el caso en estudio, mientras que el confusionismo entre jurisdicción y competencia es hoy intolerable. Dicho de otra forma, aun aceptando que el término jurisdicción tiene múltiples significados, cuando menos uno de ellos define correctamente el asunto, mientras que el término “competencia” en todo caso, supuesto o hipótesis, es incorrecto para definirlo.

Por otro lado, no compartimos la posición del profesor Hernández-Bretón por cuanto da a entender que sólo los países suramericanos emplean el término jurisdicción, cuando lo cierto es, tal y como él mismo lo reconoce, que en los “sistemas jurídicos de lengua no alemana”, es utilizado el término jurisdicción, jurisdiction, jurisdição o giurisdizione, inclusive en el propio Convenio Europeo sobre Inmunidad de los Estados.<sup>23</sup> En otras palabras, en la generalidad de los países se emplea el término jurisdicción ya que los sistemas jurídicos de lengua alemana son la minoría, aparte de que la tesis de que la “jurisdicción” y la “competencia procesal internacional” constituyen presupuestos procesales independientes efectivamente es una creación exclusiva de un sector de

---

21 Para mayor abundamiento: MEZGRAVIS, ob cit.

22 Cfr ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto; “Los conceptos de jurisdicción y competencia en el pensamiento de Lascano”, en *Rev. De. Proc. Argentina*, 1954, (pp.209 y ss.). Idem; “Cuestiones de Terminología Procesal”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1972, p. 111-112.

23 Cfr HERNÁNDEZ-BRETÓN, “La autonomía...”, pp. 140-141 y nota 64.

la doctrina y jurisprudencia alemanas,<sup>24</sup> que en nuestro criterio no tiene cabida en sistemas como el nuestro. Adicionalmente, la explicación de que la “competencia procesal internacional” configura un concepto distinto al de “jurisdicción” nos parece insatisfactoria, en razón a que equivale a crear un tercer concepto que además de agravar la cuestión terminológica, no es más que el resultado de vaciar o quitarle contenido al concepto de jurisdicción, en sentido propio, y aportárselo al nuevo concepto: “competencia procesal internacional”, dejando aquél en su acepción más amplia y elemental: facultas iurisdictionis. Por último, observamos que un sector de la doctrina procesal clásica alemana, al referirse al tema utiliza el término jurisdicción y no el de competencia procesal internacional, que como antes indicamos, constituye una invención del maestro Sánchez-Covisa.<sup>25</sup>

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia venezolana en Sala Político-Administrativa, en sentencia del 5 de mayo de 1994, Yrama Rodríguez de León vs SELA estableció:

El legislador procesal venezolano de 1987, al contrario de otros legisladores y ciertamente bajo el influjo de la normativa y doctrina italianas de este siglo, no ha acogido la distinción terminológica y conceptual entre jurisdicción y competencia procesal internacional directa. Utiliza ambas expresiones como sinónimas y, en consecuencia, las somete a un régimen único, cuyo examen y control procede por vía de la institución denominada regulación de jurisdicción, sujeta a lo dispuesto en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil<sup>26</sup>.

En 1998, luego de haber transcurrido más de cuarenta años desde que el maestro Sánchez-Covisa reclamara la unificación terminológica, el asunto llega a su final y la añorada unificación finalmente se logra. En efecto, en ese año se promulga la Ley de Derecho Internacional Privado

---

24 *Ibidem*.

25 Al menos eso es lo que se desprende de la traducción de la Doctora Angela Romera Vera, bajo la supervisión del Profesor Eduardo B. Carlos y el Doctor Ernesto Krotoschin, de la obra de Leo ROSEMBERG, Tratado de Derecho Procesal Civil, quinta edición de la obra “Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts”, EJE, Buenos Aires, 1955, p. 91 y ss.

26 Cfr PIERRE TAPIA, Dr. Oscar R., Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. nº 5, Año XXI, mayo 1994, p. 248.



(“LDIP”), la cual deroga tácitamente al Código de Procedimiento Civil en esta materia, y resuelve adoptar el término “jurisdicción” en lugar de “competencia procesal internacional”. Así lo reconoce expresamente la exposición de motivos de esta ley al establecer: “el término “competencia procesal internacional” se sustituye por el de “jurisdicción”, por cuanto se evita así la confusión con la competencia interna, frecuentemente observada, y resulta más acorde con la terminología del Código de Procedimiento Civil”. El propio profesor Hernández-Bretón, en un trabajo más reciente, señala que la LDIP “evita utilizar la expresión competencia procesal internacional por considerarse que se presta a confusión con la noción de competencia territorial interna, la cual también queda regulada en los artículos 48 a 52.”<sup>27</sup>

---

27 HERNÁNDEZ-BRETÓN Eugenio; “Nueva Ley venezolana de Derecho Internacional Privado”, Rev de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, N° 111, UCV, Ccs, 1999, p. 249. El profesor Hernández-Bretón formó parte del grupo de profesores encargado de coordinar la revisión del proyecto de LDIP, el cual “pudo beneficiarse de los comentarios del Profesor Parra-Aranguren, uno de los proyectistas originales”. Idem, p. 245. Aprovecho la oportunidad para pedirle disculpas a los lectores de la Revista Dictamen y en especial a mi amigo Eugenio Hernández-Bretón, porque el informe “Ley de Derecho Internacional Privado”, publicado por Wilmer Rosales Díaz y por mí en el N° 2, Año 1, pp. 27-29, de dicha Revista, que también transcribe el mismo texto aquí citado más la continuación de ese párrafo (p.250), no contiene las correspondientes citas. Asimismo, no fueron publicadas las notas relativas a L. Perezniето Castro. “Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales”, Riv. Dir. Int. Pr. Proc., octubre-diciembre 1994, n° 4, p. 773, y a Nicolás MAQUIAVELO: El Príncipe, Editorial Panapo, *Clásicos universales*, Caracas, 1990, p. 18.

# Elementos autopoiéticos en el discurso jurídico\*

Marcos R. Carrillo Perera\*\*

I

La sociedad contemporánea se ha caracterizado por la pluralidad tanto de ideas como de herramientas para expresar estas ideas. Una simple ojeada al catálogo de una biblioteca demuestra la gran variedad de disciplinas que tratan de explicar al “hombre y su circunstancia” desde los más diversos puntos de vista. Los economistas explican por qué las cosas no funcionan y como deberían hacerlo desde su perspectiva, los abogados argumentan para defender una causa dentro de los límites del Derecho, los estudiosos de la ética hacen propuestas para lograr el mejor

---

\* Trabajo presentado por el autor en el marco del XI Seminario itinerante de la Sociedad Venezolana de Filosofía (Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica, Caracas, 1999) coauspiciado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica y el Programa de Maestría en Filosofía de la misma Universidad. Seguidamente a la inserción de dicho trabajo se publica igualmente el comentario que formulara el profesor Pedro P. Urriola sobre aquél.

\*\* Universidad Simón Bolívar y Universidad Católica Andrés Bello, Programa de Maestría en Filosofía y Facultad de Derecho.

género de vida que el hombre pueda llevar, los políticos obligados a hacer propuestas pragmáticas y al ejercicio del poder, los científicos dando explicaciones del funcionamiento de las cosas desde su perspectiva.

Es por ello que puede decirse que nuestra sociedad, no está unificada en torno a una idea común alrededor de la que gira toda interpretación de la realidad sino que, por el contrario, es policéntrica. De allí que podemos decir siguiendo a Teubner que “La característica crucial de la sociedad moderna es la pérdida de una forma unificada de conocimiento”.<sup>1</sup> En otras palabras, la pluralidad epistemológica se ha convertido en un elemento de vital importancia para comprender las relaciones sociales.

De allí, que considero importante estudiar el Derecho no sólo desde la perspectiva tradicional individualista sino que es preciso comprender también cómo funcionan y se relacionan los diferentes discursos sociales con el Derecho. En este sentido se han desarrollado teorías denominadas constructivistas que pretenden explicar esas relaciones.

## II

Desde la perspectiva en que hacemos nuestro análisis existen construcciones sociales que actúan en forma independiente de la voluntad individual. Son “fuerzas” que trascienden al individuo y producen percepciones propias de la realidad social. El examen de la realidad a través de lo que un individuo piensa parece estar determinado por las condiciones del sistema a través del cual se está expresando. De modo que es relevante estudiar los fenómenos sociales no sólo desde una perspectiva individualista sino que es menester tratar de comprender cómo funcionan esas construcciones sociales “meta-individuales” que producen su propia percepción de la sociedad.

Para explicar este fenómeno, aún dentro de una visión constructivista, existen varias posiciones expuestas fundamentalmente por Habermas, Foucault, Luhmann y Teubner.

---

1 TEUBNER, G. “How The Law Thinks: Toward a Constructiviste Epistemology Dilemmas of Law” *Law & Society Review* 23, 5 (1989), 745

En este trabajo utilizaremos como punto de partida el modelo propuesto por Luhmann y modificado por Teubner, que es una versión de la teoría de multiplicidad de discursos sociales denominada “autopoiesis”.

El término en cuestión fue creado por los biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela para describir sistemas celulares que no operaban de forma abierta, definidos en un ambiente, sino que sólo podían explicarse como autorreferenciales. “Una distinción que separaba sistemas que sólo podían caracterizarse con referencia a ellos mismos”<sup>2</sup>. En suma, ellos se autocrean, se autoproducen (poiesis).

Desde la perspectiva de la teoría social, la autorreferencia es muy útil para explicar la atomización epistemológica de la modernidad. Sin embargo, la pluralidad moderna no podría subsistir si los discursos que la conforman fueran absolutamente impermeables. A la larga un conjunto de sistemas absolutamente autónomos y cerrados produciría una falta de cohesión social tal, que podrían eventualmente atentarse contra el propio concepto de discurso. De allí que sea preciso compatibilizar lo cerrado de los discursos con elementos que los relacionen entre sí, que los abran. Es esta doble perspectiva la que caracteriza la estructura de los discursos sociales.

Para usar la expresión de Teubner “un sistema autopoietico...en todas sus operaciones siempre se refiere a sí mismo y produce sus elementos de la relación entre sus propios elementos.”

De modo que la sociedad no puede entenderse como una suma de voluntades sino como un complejo clouster de sistemas donde cada uno de ellos va desarrollando su propio discurso, lenguaje, instituciones y reglas “gramaticales”, a través de las cuales crean sus propias percepciones de la realidad.

La realidad deja de ser algo que corresponde a una “realidad social externa”<sup>3</sup> y pasa a ser una construcción de discursos con autonomía

---

2 LUHMANN, N. “The Self-Reproduction of Law and its Limits” en TEUBNER, G. (ed.) *Dilemmas of Law in the Welfare State* (Berlin: De Gruyter, 1988), 114.

3 TEUBNER, G. “Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions” en TEUBNER, G. (ed.) *Juridifications of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law* (Berlin: de Gruyter, 1987), 20.

epistémica que construyen la realidad social por sí mismos (tal vez, una versión sociológica del giro copernicano de Kant).

Pero un planteamiento de la sociedad en estos términos pecaría de teórico y no explica un hecho concreto que también se da en la sociedad contemporánea, ya que pensar en discursos cerrados elimina la posibilidad cierta de las relaciones interdiscursivas, del intercambio entre dos o más discursos sociales, lo cual es un hecho común en la sociedad. Por ejemplo, en el análisis que llevaremos a cabo se podrá observar que existe cierta influencia de los discursos, ético, político, moral o económico sobre el discurso jurídico.

De allí, que en la sociedad existan discursos cuyas percepciones de la realidad compiten e interfieren entre sí. Este proceso de interferencia produce un tipo de interacción discursiva por medio de la que un discurso puede penetrar la autonomía de otro siempre que haya sido traducido a la lógica propia del discurso penetrado. Así ciertos códigos de un discurso dado, pueden ser aprobados o rechazados por la lógica de otro discurso.

La interferencia discursiva produce una consecuencia paradójica: a pesar de que los discursos sociales son normativamente cerrados, son, a su vez, cognitivamente abiertos<sup>4</sup>, Es decir, los discursos sociales son cerrados en cuanto a su lógica y sus reglas de funcionamiento e interpretación de la sociedad, pero son abiertos a elementos de otros discursos que, debidamente traducidos, son utilizados por el sistema. El proceso por medio del cual un discurso es traducido a otro es lo que Luhmann ha denominado “acoplamiento estructural”.

### III

Veamos seguidamente cómo la teoría esbozada anteriormente se plantea en relación con el discurso jurídico.

El Derecho, al igual que otros discursos, debe entenderse desde una doble perspectiva, a saber: La impermeabilidad de su lógica y la permeabilidad derivada de su relación con otros discursos. revisemos brevemente cada uno de esos planteamientos.

---

4 TEUBNER, G. “How The Law Thinks: Toward a Constructiviste Epistemolog G. (ed.) Dilemmas of Law in the Welfare State (Berlin: De Gruyter,1988) ,114

## 1. Por un lado

la auto referencia autopoiética significa que su validez se fundamenta sólo en normatividad legal, y que la validez legal se ha liberado definitivamente de toda conexión extra-legal –política, moral, ciencia– así como de justificaciones en términos de Derecho Natural<sup>5</sup>.

En otras palabras, el discurso jurídico es cerrado y atiende únicamente a los elementos propios de su lógica para definirse, re-definirse y reproducirse. No es posible que a través de otros medios extra jurídicos se puedan crear conceptos o instituciones que sean válidas, aceptadas o que produzcan algún efecto dentro de la forma de percibir la realidad que tiene el Discurso jurídico. Cualquier cosa que se pretenda conocer a través del Derecho será una “construcción puramente interna del mundo exterior”<sup>6</sup>.

El Derecho, así entendido, deja de ser sólo un sistema de normas, y pasa a ser un sistema fundamentado en comunicaciones. Un sistema en el que se procesa información, se crean conceptos para analizar la información, se definen objetivos y formas de lograrlos.

Desde esta perspectiva, el Derecho es más que el estudio de silogismos jurídicos y sus consecuencias sobre el individuo, y pasa a ser visto como un elemento con capacidad para crear su propia visión de la realidad. El Derecho más que un sistema de reglas es un sistema con autonomía epistémica.

Ahora bien, ¿quiere decir esto que el Derecho, es un sujeto supra-individuo que piensa por encima del propio individuo?

No, por el contrario, los individuos son “artefactos semánticos”, construcciones comunicativas<sup>7</sup> que usa el sistema para auto reproducirse, son parte integrante del sistema, producen comunicación dentro de cada discurso.

---

5 TEUBENR, G. “Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions” en TEUBENR, G. (ed) *Juridifications of Social Spheres: A Comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law* (Berlin: de Gruyter, 1987), 20

6 TEUBNER, G. “How The Law Thinks: Toward a Constructiviste Epistemology of Law” *Law & Society Review* 23, 5 (1989), 737

7 *Ibíd.*

No se trata del sacrificio del individuo por el sistema sino que el individuo en la sociedad tiene una doble identidad, por un lado son construcciones de cada sistema pues en cada uno tienen un rol y una definición que atiende a la epistemología propia del discurso, y por otro son sistemas autopoieticos en si mismos, conservan su individualidad, su propia autonomía<sup>8</sup>.

Un ejemplo de lo que se explica se encuentra en la definición de personalidad jurídica. Cuando el Derecho define este concepto, no hace más que utilizar información percibida (como individuos o sociedades) y transformarla en un código comprensible dentro de las reglas del discurso.

Así, desde una perspectiva autopoietica, el Derecho es un sistema de comunicaciones que percibe información, declaraciones, y las comprende. Estas comunicaciones se interrelacionan en una red de comunicaciones que sólo produce comunicaciones legales<sup>9</sup>.

2. Ahora bien, pensar que el Derecho se limita a ser un sistema autorreferencial sería una visión parcial de la realidad. Es un hecho que el Derecho es utilizado en muchas ocasiones como instrumento para poner en práctica políticas de control sobre otro sistema. Sería ingenuo pretender que tales relaciones no existen.

Si bien el Derecho es normativamente cerrado como se explicó antes (lógica propia), es cognitivamente abierto pues otros discursos ejercen influencia sobre él y viceversa.

Existe "interferencia"<sup>10</sup> de un discurso sobre otro. Pero, tal influencia no es de naturaleza causa-efecto.

Es aquí donde el concepto de Luhmann de "acoplamiento estructural" es útil para comprender la relación del Derecho con otros sistemas. Para que una construcción de un sistema penetre el mundo jurídico ella debe ser "traducida"<sup>11</sup> a la lógica propia del Derecho.

---

8 Cfr. *Ibíd.*

9 TEUBNER, G. "How The Law Thinks: Toward a Constructiviste Epistemology of Law" *Law & Society Review* 23, 5 (1989), 740

10 Cfr. *Ibíd.*

11 HABERMAS, J. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (Madrid: Totta, 1998).

Así, argumentos con contenido moral o político, por ejemplo, no penetran el Derecho, sino en la medida que este último lo permite, de acuerdo con sus reglas lógicas propias. Igualmente, el Derecho sólo puede penetrar otro discurso en la medida que pueda ser traducido a su codificación propia.

No existe un proceso de comunicación interdiscursivo como tal, sino que elementos de un discurso pueden incorporarse al Derecho a través de una especie de *exequatur* discursivo que sólo permite la validez de un contenido moral o político, por ejemplo, sólo si es aceptado a través del procedimiento de lógica y validación discursiva del Derecho. De allí en adelante, el elemento en cuestión pasa a formar parte del proceso de comunicación legal, y será reinterpretado con las reglas lógicas y procedimentales propias del Derecho.

De este modo se excluye la superioridad de un discurso sobre otro. Se puede decir, por ejemplo, que la moral o la ética, no son discursos superiores al Derecho a los que este debe adaptarse, sino que son discursos que deben hacerse mutuamente compatibles<sup>12</sup>, a través de sus propios procedimientos.

La incompatibilidad de un discurso con otro podría provocar desintegración social, en la medida en que los actores sociales al adaptar sus acciones a los requerimientos de un discurso, pudieran estar al mismo tiempo vulnerando elementos de otro discurso al mismo tiempo. De allí, que el principio de compatibilidad discursiva de Habermas, lo considero un elemento indispensable para que no se produzcan cismas sociales derivados de una eventual superposición de un discurso sobre otro.

De lo expuesto, se deriva que los sistemas autopoieticos son abiertos y cerrados a la vez. Son cerrados en la medida que sólo se reproducen a través de los elementos de su propio sistema y abiertos pues otros sistemas pueden penetrar el Derecho siempre que sean traducidos o reinterpretados por éste.

Igualmente, ocurren procesos de interferencia, en los cuales un evento social comunicativo, es reinterpretado por varios discursos al mismo tiempo, produciéndose realidades que compiten o coliden con el discurso jurídico.

---

12 HABERMAS, J. op. cit.



## IV

Partiendo de esta pluralidad epistemológica propia de la modernidad debemos analizar qué ocurre con el Derecho en su relación con otras manifestaciones discursivas que son traducidas y cómo influye el Derecho en sistemas que pretende regular.

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora, para que discursos como el ético y el político tengan alguna relación con el Derecho, ellos deben ser traducidos a la lógica propia de este último, de forma tal que las instituciones y demás elementos comunicativos del Derecho, puedan asimilarlos y transformarlos en normas que regulen otros sistemas.

El objeto de tal traducción persigue instrumentalizar las acciones que sirvan para regular el comportamiento de otros discursos y adaptar éstos a requerimientos específicos de la política o la ética. La vieja creencia del Derecho como instrumento se pone en práctica cada vez que se traduce una política concreta a una estructura jurídica.

No obstante, a pesar de que el sistema jurídico haya traducido debidamente elementos de otro sistema y los haya adaptado a sus propios códigos, sucede que en muchas ocasiones el producto de esa traducción no funciona como se esperaba que lo hiciera. No produce los resultados esperados.

Teubner explica que en algunas ocasiones el sistema a regular reacciona con indiferencia ante la regulación propuesta, en otras se produce desintegración de la sociedad a través del Derecho y en otras se da desintegración del Derecho a través de la sociedad. Es esto lo que denomina el trilema regulatorio.

1. Pienso, que puede identificarse una cuarta causa que es la apariencia jurídica de argumentos políticos o éticos. Son casos en los que no ha habido traducción de los códigos políticos a los jurídicos. Es decir, en ocasiones, se producen soluciones, decisiones, dentro del sistema jurídico que no atienden a la lógica propia del Derecho sino que obedecen a principios, codificaciones y procedimientos propios del discurso político. Son decisiones políticas con apariencia jurídica.

Aún cuando pareciera que se utilizan estructuras, programas o códigos de validación propios del Derecho, en "realidad" lo que sucede

es que estos elementos son absorbidos por la lógica de los discursos pragmáticos cambiando la esencia de tales elementos y transformándolos en construcciones políticas. Lejos de lograrse el exequatur discursivo de lo político en jurídico, sucede lo contrario: las instituciones jurídicas sufren una “metamorfosis discursiva” y se transforman en elementos de validación, en “artefactos semánticos” de los procesos políticos de comunicación.

El Derecho deja de ser el discurso regulador de construcciones sociales que traduce políticas a normas y es transformado en una máscara del discurso político. El Derecho no construye su realidad sino que la política construye la realidad usando elementos con apariencia jurídica.

De esta forma, la autoridad epistemológica del Derecho es sacrificada en pro de la autoridad epistemológica del discurso político.

Esta desnaturalización del Derecho, produce desconfianza en los elementos propios del mismo. En otras palabras, cuando las instituciones jurídicas son “capturadas” (Bernstein) por el discurso político, la percepción que de ellas se tiene en otros sistemas se distorsiona y su efectividad puede quedar limitada.

**2.** Puede suceder que aún cuando las políticas sean debidamente traducidas al lenguaje legal, la regulación de otros sistemas no funcione. Es decir, las normas legales no producen resultado alguno o, al menos, los resultados esperados (Teubner: 1992, 1987). En otras palabras, el “acoplamiento estructural” del Derecho con el sistema regulado no es el adecuado.

Ello es factible que suceda pues, como dijimos, las relaciones interdiscursivas no son del tipo causa-efecto, sino producto de una relación más compleja, a través de la cual un sistema debe ser reinterpretado por el otro para que pueda hacerse efectivo. En el caso del Derecho, éste debe ser reinterpretado por el sistema regulado para que pueda tener efectividad. De modo que el Derecho debe buscar la mejor manera posible de producir los efectos que se desean.

**2.1.** Una primera posible solución, desde el punto de vista autopoietico, sería dejar que cada sistema se auto-regulara, produjera sus propios elementos, y se desarrollara de acuerdo a su propia lógica.

Por ejemplo, supongamos que se propone un modelo de libre mercado absoluto, en donde la libre competencia es el principio que debe respetarse ante todo. En este caso el Derecho se limitaría únicamente a establecer las reglas de juego para que el libre mercado funcione. Puede suceder, que elementos de otros discursos sociales, por ejemplo la ética, entraran en conflicto con el principio de libre competencia. En las condiciones expuestas, las consideraciones de otros discursos tendrían que ser analizadas desde el punto de vista de la libre competencia y en caso de que existiera un conflicto, el mismo debería resolverse a favor de la protección del principio económico. No obstante, ello implicaría asumir la superioridad del discurso económico sobre otros discursos sociales, lo que nos lleva a un camino en donde el concepto de compatibilidad de los discursos propuesto por Habermas, se vulnera. Siendo, como vimos, este concepto indispensable para que exista una especie de “justicia discursiva”, parecería necesario que el Derecho no se limitara a un rol tan pasivo sino que debería producir otro tipo de normativa que propiciara la compatibilidad entre los discursos ético y económico.

**2.2.** Una segunda opción, sería la regulación estricta de otros sistemas a través de normas jurídicas en donde el énfasis sea puesto en el elemento coactivo del Derecho a través de las fuerzas del estado. En este caso, nos encontramos con un problema de distinta índole. Ya no se trata de la dificultad en relación con el acoplamiento estructural del caso anterior, sino de cómo es percibido el Derecho dentro de la lógica de otro sistema.

Siendo los discursos sociales cerrados en cuanto a su lógica (Luhmann), aún la más coercitiva de las normas tendría dificultad de penetrar otro discurso si no pudiese ser “comprendida” por el otro discurso. Por ejemplo, tomemos un sistema donde un elemento esencial de la economía es el concepto de propiedad, y supongamos que un nuevo gobierno pretende suprimir dicho elemento. Para ello utiliza el discurso jurídico y propone normas con penas infames a aquellos que se resistan a ellas.

Podrían suceder dos cosas: por un lado el discurso económico reaccionaría con total indiferencia, ante la norma pues la lógica que utiliza repelería tal disposición. El discurso económico se inmunizaría ante tal intromisión del discurso jurídico, pues en este caso el discurso jurídico utilizó códigos que no podían ser validados por la economía.

Por otra parte, puede suceder que se imponga por la fuerza la norma puesta en vigencia. Sin embargo, éste no sería un caso de traducción de una norma jurídica al discurso económico, sino la sustitución de los códigos económicos por los códigos de poder<sup>13</sup>.

De allí que el pensar en resolver el problema a través de formas de implementación más estrictas o del elemento coactivo de la norma pareciera no ser el mejor camino para que el discurso jurídico pueda producir los efectos deseados en otro discurso.

**2.3.** Una tercera opción puede ensayarse. En lugar de la pasividad que tendría el Derecho en un sistema de absoluta autorregulación o de la excesiva intervención que tendría a través de normas coactivas que pretendieran imponerse sobre otros sistemas, el Derecho podría ser el discurso coordinador de los intereses de otros discursos.

En este sentido el Derecho actúa como un mecanismo a través del cual no se pretende imponer normas de forma coactiva, sino de crear reglas que puedan influir en otro sistema. El Derecho no actuaría como un centro de gravedad hacia el que los demás discursos son atraídos por la amenaza de la coacción, sino que el Derecho reenvía la disposición normativa a otro discurso que tiene los elementos necesarios para lidiar con el problema.

No se trata de deslegalizar los sistemas, de autorregulación absoluta ni de instrumentalismo jurídico radical. Se trata de mecanismos de coordinación y control entre sistemas autónomos. Se trata de crear normas que puedan “persuadir” al sistema regulado para que produzca el efecto deseado a través de sus propios elementos. En palabras de Galanter, se podría hablar de “negociar a la sombra del Derecho”.

La forma en que se puede poner en práctica tal forma de entender el discurso jurídico es a través de la traducción de una necesidad social al Derecho, de forma tal que le sea posible penetrar el sistema jurídico. Una vez traducido al discurso jurídico, la forma en que éste deberá externalizarla es refiriendo el asunto a otro discurso, no imponiendo una conducta sobre el otro discurso (pues no necesariamente reaccionaría

---

13 TEUBNER, G. “Regulatory Law: Chronicle of a Death Foretold” *Social & Legal Studies* 1 (1992).

como se espera), sino creando las condiciones para que funcione el sistema de la forma deseada.

En la actualidad existen varios ejemplos de legislación en este sentido. Uno de ellos es la Ley Orgánica de la Justicia de Paz. En esta ley se dispone un marco jurídico para que los que los conflictos que surjan en las comunidades, se resuelvan, no a través de la aplicación de normas legales, sino a través de mecanismos de conciliación y equidad.

Cuando una persona utiliza la justicia de paz para la solución de controversias, se ha utilizado un mecanismo por medio del cual el Derecho, reenvía a otro sector de la sociedad la posibilidad de resolver un conflicto. Se procura que la conflictividad social se resuelva con las herramientas propias del medio en donde ocurre el hecho.

No obstante, no debe entenderse que se pretende que a un discurso cuya especialidad no es la resolución de conflictos, se le atribuyan funciones que no le sean propias a su comprensión de la realidad. Por el contrario, en este caso ha sido el propio sistema jurídico quién ha creado el mecanismo y quién establece el marco regulatorio de la institución. Lo que sucede es que se utilizan formas de reenviar la solución de este tipo de conflictos a sectores más especializados en lugar de mecanismos impositivos de una conducta.

En el fondo, la idea que subyace en la comentada ley es que hasta ahora una gran cantidad de normas jurídicas con marcado carácter coactivo no han logrado penetrar ciertos sectores del medio social, de allí que el propio Derecho ensaye una nueva forma de enfocar la solución de conflictos comunitarios, no por medio de la imposición de normas sino a través del establecimiento de un marco regulador que “excite” elementos en otro discurso, para que actúen de forma tal que resuelvan con su propia lógica los problemas presentados.

La experiencia obtenida hasta ahora en justicia de paz, confirma la anterior afirmación pues, según demuestran las estadísticas, problemas sobre los que el discurso jurídico rara vez ejercía influencia alguna (molestias vecinales: ruido, obstáculos en la vía, diferencias sobre uso de áreas públicas), a pesar de existir normas para su regulación, han sido regulados por el sistema de forma indirecta, a través de las soluciones conciliatorias logradas en la justicia de paz y no a través de la aplicación coactiva de normas jurídicas preexistentes.

3. Otro aspecto que es interesante esbozar aquí es la traducción de otros sistemas al discurso jurídico y su relevancia en la argumentación jurídica.

Cuando se produce un hecho en el medio social, el mismo puede ser captado por los distintos discursos sociales que reelaborarán el hecho y producirán su propia construcción de la realidad. En este sentido, el Derecho utiliza mecanismos que establecen la forma en que el hecho será entendido por el Derecho, con el fin de que reproduzca consecuencias dentro de su propio sistema.

Ahora bien, cuando un actor del sistema, por ejemplo un abogado, produce argumentos jurídicos y trata de refutar posiciones esgrimidas por otro actor, en muchas ocasiones el argumento utilizado se concentra en tratar de probar que un hecho dado no es capaz de acoplarse estructuralmente al Derecho..

El asunto argumentativo se transforma en una discusión, no sobre la simple interpretación de normas sino en una discusión acerca de si el “acoplamiento estructural” de un discurso con otro, debe funcionar de una forma o de otra. Lo relevante en estos casos no es el análisis de una realidad dada “allá afuera” sino el comprender si el producto de un sistema es capaz de penetrar el sistema jurídico .

Esto es fácilmente observable cuando se analizan las complejas reglas que definen la cuestión probatoria en un juicio. Cuando se traen pruebas a un juicio, ello sólo se puede hacer bajo las condiciones que el sistema permite y sólo llegan a “existir”, según el sistema, los hechos que han cumplido con los requerimientos procedimentales establecidos por el discurso para crear construcciones que puedan ser tenidas como ciertas dentro de su percepción de la realidad.

Es por ello que gran parte del debate en los juicios, normalmente se centra en tratar de comprobar que una prueba determinada no ha sido debidamente formalizada, obtenida, o presentada o, en términos discursivos, no ha sido traducida al discurso jurídico.

Cuando se argumenta en este sentido, lo que se pretende es que el propio sistema declare, a través de una sentencia, que tal o cual prueba no puede analizarse por no haber cumplido con los requisitos de validez exigidos por el discurso.

Cuando tal declaración se produce, lo que el juez expresa es que determinado hecho no forma parte de la construcción de la realidad que hace el Derecho, no por ser irrelevante en sí mismo sino por no haber podido llenar los requisitos necesarios para ser traducido –y comprendido– por la lógica del discurso. Así entendido el asunto, los hechos sociales tienen significado en la medida que un discurso se los da.

Un ejemplo, fascinante de lo expuesto fueron los argumentos utilizados por los defensores de O. J. Simpson durante el juicio que se le siguió por el presunto asesinato de su ex esposa.

Durante el juicio ellos nunca entraron a discutir si el acusado era culpable o no de los hechos que se le imputaban. Por el contrario sus argumentos se centraron en dos elementos: por un lado, afirmaron que las evidencias llevadas al juicio por la Fiscalía no fueron debidamente obtenidas de acuerdo con las normas probatorias vigentes. Por otro lado, argumentaron que los policías que tomaron las evidencias lo hicieron de forma prejuiciada pues eran abiertamente racistas.

Lo que en el fondo trataban de probar los abogados defensores era que los hechos que presuntamente incriminaban a su defendido, no podían ser traducidos al Derecho, pues no cumplían con sus códigos de validación. El Derecho no podía construir una realidad a partir de cuestiones que por definición no podían penetrar el sistema, bien sea por no cumplir con las formalidades exigidas, como lo es el caso en que las evidencias llevadas al juicio por la fiscalía no fueron debidamente obtenidas de acuerdo con las normas probatorias vigentes, o bien por atender a elementos no aceptados como validadores dentro del sistema legal, como es el caso del racismo.

El resultado del juicio fue la declaración de inocencia del acusado, a pesar de que el análisis de los mismos hechos desde perspectivas extralegales, psicológica por ejemplo, podría dirigir a construcciones de realidades completamente distintas.

Este ejemplo demuestra que, en ocasiones, los argumentos producidos dentro del sistema utilizando elementos propios del mismo, apuntan a probar que ciertos elementos no pueden ser validamente utilizados dentro del sistema pues no ha habido acoplamiento estructural.

De esta forma hemos tratado de bosquejar tres aspectos que lejos de agotarse en las líneas que anteceden, son el principio para una elaboración detallada que procure hacernos entender no sólo cómo funciona el Derecho en la sociedad sino también por qué en ocasiones, sus normas no producen los efectos deseados en la sociedad.





## **Comentarios al trabajo de Marcos R. Carrillo Perera, "Elementos autopoieticos en el discurso jurídico"\***

Pedro Pablo Urriola\*\*

En el planteamiento del profesor Carrillo encuentro ideas muy sugerentes para la comprensión de las relaciones del derecho con otros aspectos de la vida social. La exposición pone de manifiesto la presencia de diferentes discursos operando en áreas diversas de la dinámica comunitaria, que responden a intereses, necesidades y perspectivas también diversos. Este es un hecho fácil de olvidar para los juristas por la misma omnipresencia del derecho en la mayoría de las relaciones humanas. Puede decirse que es muy raro que se encuentre alguna situación frente a la cual el derecho no tenga nada que decir, pareciera que siempre, o casi siempre, existe un punto de vista jurídico desde el cual atisbar la sociedad. Esta misma omnipresencia, sugerimos, es la que puede hacer descuidar, en la formación de nuestros abogados, la percepción de que,

---

\* Comentarios producidos con ocasión de la discusión del citado trabajo en el marco del XI Seminario itinerante de la Sociedad Venezolana de Filosofía (mayo 1999) auspiciado por la Facultad de Derecho de la UCAB.

\*\* Profesor de la Universidad Simón Bolívar y en la Universidad Católica Andrés Bello, Programa de Maestría en Filosofía y Facultad de Derecho.

pese a tal regulación jurídica, la vida social es de una complejidad muchísimo mayor que lo que tal perspectiva permite apreciar, y que en numerosas oportunidades se da una desfase entre las funciones que pretende cumplir el derecho y las necesidades, intereses y puntos de vista alternativos que son abordados por la ética, la política, las relaciones laborales, entre otros discursos posibles.

En la propuesta del profesor Carrillo, este último concepto, el de discurso, tiene un lugar prominente, y tendremos algo que decir acerca de la caracterización que del mismo se hace. En todo caso, si no cargamos metafísicamente tal expresión, el enfoque presentado en la ponencia permite ver de manera novedosa algunos viejos problemas de la filosofía del derecho, como el de la relación entre la ética y el derecho, permitiendo entender a cada uno como sistemas conceptuales diferentes, con consideraciones propias, que no pueden ser automáticamente traducidos el uno en el otro, como pudiera quizás todavía pensarse desde un iusnaturalismo un tanto ingenuo. Asimismo son de gran interés las posibilidades que ofrece el enfoque del profesor Carrillo para examinar la cuestión de la relación entre la verdad formal de la que se ocupan los procesos jurídicos y la verdad material, cognoscible a través de otros discursos, y que requeriría de una validación para poder ser considerada dentro del mundo del derecho. Los ejemplos acerca de la incorporación de los hechos al proceso judicial a través de los mecanismos de la prueba son particularmente pertinentes.

Cabe mencionar también, como otra de las contribuciones con interés teórico de la ponencia que comentamos, la propuesta de tres modelos posibles de la relación entre el discurso jurídico y otros discursos, con la sugerencia de la conveniencia de adoptar una concepción del derecho en la que éste no pretende un dominio imperial del resto de las áreas de la vida colectiva, ni limitarse a la posición de un testigo pasivo de lo que ocurre en las últimas, sino más bien que el derecho asuma el rol de un discurso coordinador de los intereses de otros discursos, facilitando la posibilidad de explotar al máximo el potencial de solución de conflictos que contienen estos entre sus propios recursos. La referencia a la justicia de paz y a los mecanismos de arbitraje ejemplifican muy bien tal potencial.

Las observaciones críticas que haríamos a la ponencia del profesor Carrillo no tendrían, pues, que ver con el interés teórico de tal enfoque para el estudio de los fenómenos sociojurídicos, que como hemos visto, es mucho, sino más bien con el trasfondo metafísico que percibimos detrás de la tesis autopoietica. Es un trasfondo metafísico que hace afirmaciones muy fuertes sobre la estructura última del mundo social que son, al menos, desconcertantes. La primera de ellas que nos llamó la atención es la caracterización de los discursos como sistemas dotados de una “autonomía epistémica”, lo que parece colocarlos en la posición de sujetos de conocimiento dotados de capacidad para construir la realidad social.

Desde esta perspectiva, si la entendemos correctamente, el peso ontológico que en buena parte de la tradición del pensamiento social han tenido los individuos humanos, y ciertas colectividades especiales, como la iglesia y el estado, parece haberse desplazado hacia el discurso. Ahora bien, cuando hablamos ordinariamente del lenguaje, que parece ser, al menos, parte del discurso, pensamos en un medio de comunicación entre individuos, y donde los actos lingüísticos son ejecutados por individuos. Por el contrario, en el planteamiento de la ponencia, el discurso parece adquirir una preeminencia ontológica frente a los individuos, terminando convertidos éstos en *constructos* de aquel, en “artefactos semánticos”. Esta afirmación de que los miembros de la especie son creación del discurso suena, como mínimo, a paradoja. Para evitar esta percepción, cabe intentar entenderla como un recurso estilístico que pone énfasis en el hecho de que la existencia humana está determinada por la cultura, de la cual es parte central el lenguaje, y, en ese caso, nada habría que objetar. Ahora bien, si la tomamos literalmente, resulta muy difícil de creer. Es cierto que a los miembros de muchas sociedades tradicionales les puede resultar prácticamente imposible concebirse al margen de éstas, pero no cabe duda de que la existencia -al menos en algún sentido relevante de “existencia”- de un individuo no termina por el hecho de que sea separado de la sociedad en la que habita, y, por ende, de sus discursos. El sentido común nos dice que son los individuos reunidos los que conforman las sociedades, y no a la inversa. Esta afirmación, ciertamente, necesita ser cuidadosamente matizada y acotada, como ya hiciera ver Aristóteles al señalar que el hombre es un animal social. En todo caso, no estamos diciendo aquí que el sentido común deba tener la

última palabra en nuestras apreciaciones acerca de las entidades básicas del mundo, sino tan sólo que, si vamos a apartarnos de él, tienen que sernos ofrecidas, al menos, buenas razones. Y el decirnos que el individuo humano viene a ser constituido por obra de una borrosa entidad, llamada 'el discurso', no parece darnos el tipo de razón que buscamos. Ello ocurre porque no está nada claro qué tipo de entidades son los discursos. Como hemos visto, estos vienen introducidos como sistemas epistémicos autónomos, esto es, como sujetos cognoscitivos dotados de una organización propia, y no es de ningún modo claro que clase de sujetos sean estos. Nos viene a la memoria la frase de Wittgenstein: "Sólo de un ser humano viviente y de lo que se asemeja a (se comporta como) un ser humano viviente, se puede decir: tiene sensaciones; ve; está ciego; oye; está sordo; está consciente o inconsciente" (Investigaciones Filosóficas, Sec 218). Cuando se le atribuyen la capacidad de conocer a un discurso resulta muy difícil entender a qué estamos atribuyendo esa capacidad, mucho más difícil que atribuirle, por ejemplo, a comunidades científicas o a clases sociales. En estos últimos casos resulta todavía relativamente sencillo relacionar el conocimiento atribuido al grupo con el conocimiento de sus integrantes. Pero al endosárselo al discurso mismo, del cual los individuos serían, a su vez, meros productos, perdemos toda relación con nuestro concepto corriente de "discurso", con el cual aludimos, justamente, a un medio de comunicación entre individuos. Ello no implica, desde luego, rechazar a priori una ciencia social que ofrezca una definición estipulativa técnica de "discurso", convirtiéndolo así en un concepto teórico. Pero en ese caso, la conveniencia de adoptar o no el nuevo concepto estará determinada por el rendimiento de la teoría en la que se encuentre inmerso. Mientras no se exhiban los beneficios teóricos que se obtendrían con la introducción del extraño concepto constructivista de discurso, consideramos que sería preferible mantener la discusión en la teoría jurídica tan libre como fuera posible de entidades tan problemáticas. En realidad, pensamos que los aspectos más prometedores de la interesante propuesta del profesor Carrillo no se verían afectados por el abandono de semejante carga metafísica.

# **Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y a sus reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza**

Adolfo A. N. Rouillón

## **I. INTRODUCCIÓN**

La insolvencia con repercusión más allá de las fronteras nacionales, y los respectivos concursos con elementos extranjeros, dan nacimiento a numerosas cuestiones conflictivas, verdaderos dolores de cabeza para todos los involucrados. Esto parece ser así en todo el mundo. También parece ser universal la dificultad para identificar, comparar y eventualmente armonizar, las reglas de Derecho Internacional Privado llamadas a resolver estos problemas. El estudio de esas reglas se asemeja al armado de un rompecabezas al cual invariablemente le faltan piezas y cuyo dibujo o diseño final es desconocido.

El derecho argentino sobre *insolvencias internacionales o transfronterizas* no es una excepción a esas características de dificultad y oscuridad.

Al respecto, cuadran las siguientes advertencias:

**a.** Para muchos problemas que el concurso internacional puede ocasionar, no existen normas expresas en nuestro derecho positivo escrito (tratados o leyes), ni se han obtenido todavía decisiones judiciales que puedan servir de precedentes.

**b.** Hay algunos problemas de insolvencia transfronteriza que tienen previsión normativa en nuestro derecho escrito, no obstante lo cual la interpretación de algunas de esas reglas legales se mantiene en el plano de la controversia teórica o doctrinal, porque no hay precedentes judiciales sobre ellos. La falta de jurisprudencia, en este grupo de casos, hace difícil pronosticar su solución.

**c.** Otros problemas que aparecen en el concurso internacional, a diferencia de los anteriores, están contemplados por previsiones legales y éstas han sido aplicadas por nuestros tribunales. Estas son reglas que han sido sometidas a la prueba de su aplicación concreta, lo cual permite un pronóstico más aproximado sobre su interpretación de aquí en adelante<sup>1</sup>.

Estos precedentes judiciales son bastante escasos. Es de destacar que la Argentina tuvo una economía muy cerrada desde 1930 hasta comienzos de la década de 1990. Recién a partir de 1991 hemos experimentado una notable apertura económica y la aceleración del proceso de integración económica en el Mercosur. Estas tendencias parecerían hoy irreversibles. Su consolidación y la eventual ampliación –en diez o veinte años más– de un gran mercado común americano, hacen previsible un importante incremento de los problemas de las insolvencias transfronterizas.

*En síntesis:* A la fecha, solamente algunas situaciones conflictivas de las insolvencias internacionales tienen solución predecible en la

---

1 En principio, los fallos jurisprudenciales no son precedentes obligatorios para el futuro. La regla "*stare decisis...*" no tiene vigencia en la Argentina. Sin embargo, las resoluciones judiciales de casos del pasado, sobre todo las provenientes de ciertos tribunales superiores o muy prestigiosos, constituyen la fuente más valiosa de interpretación jurídica, y usualmente los dictámenes y pronósticos legales se basan en ellos.

Argentina. La solución de muchas otras, por lo contrario, es incierta todavía. Por esa razón, este trabajo informa –esquemáticamente– sólo sobre las primeras.

## II. LA ARGENTINA TIENE DOS RÉGIMENES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA INSOLVENCIAS TRANSFRONTERIZAS

En la Argentina hay dos regímenes diferentes para los problemas de las insolvencias transfronterizas: uno, de *fuerza internacional*, contenido en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940; otro, de *fuerza interna*, contenido en la Ley de Concursos nº 24.522 (de aquí en adelante nos referimos a ésta, indistintamente, como “LCQ”, “ley concursal” o “ley 24.522”).

Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 no unifican el derecho de la insolvencia de los países partes, pero sí unifican muchas reglas del Derecho Internacional Privado sobre insolvencia.

La experiencia de la aplicación de estos Tratados tiene algún interés –no demasiado– como campo de observación. Permite obtener conclusiones empíricas, especialmente acerca de lo que no funciona para dar solución a los problemas de la insolvencia internacional de manera eficiente y rápida.

El Tratado de 1889 es obligatorio en casos de quiebras internacionales conectadas a los siguientes países (ratificantes): Perú, Bolivia, Colombia, Paraguay, Uruguay y Argentina. El Tratado de 1940 es obligatorio sólo entre Argentina, Paraguay y Uruguay. Así, se advierte que el área de aplicación de estos tratados es muy limitada, ya que ni siquiera alcanza al Brasil ni a Chile, que comercialmente son nuestros mayores socios entre los países vecinos de la Argentina. Esto explica la escasez de casos en los que se ha echado mano a estos tratados y, por consiguiente, su poca importancia práctica.

Las quiebras o concursos con elementos extranjeros de cualquier otro país del universo, en la Argentina son regidos por los artículos 2 inc. 2), 3 inc. 5), y 4 de la LCQ<sup>2</sup>.

2 *Art. 2 -[SUJETOS COMPRENDIDOS]* Pueden ser declaradas en concurso (...) 2) Los deudores domiciliados en el extranjero respecto de bienes existentes en el país.



Por las razones expuestas, no he de analizar el régimen de los Tratados de Montevideo (*fuerza internacional*). En este trabajo me referiré a las situaciones más frecuentes de insolvencias transfronterizas regladas en la ley de concursos 24.522 (*fuerza interna*). Antes de ello, trazaré un panorama sintético de los concursos en la Argentina y del régimen de privilegios concursales.

### III. APROXIMACIÓN ESQUEMÁTICA A LOS DOS PROCEDIMIENTOS JUDICIAL-CONCURSALES ARGENTINOS (REORGANIZACIÓN Y LIQUIDACIÓN)

El régimen de la LCQ se aplica a las *personas físicas* y a las *personas jurídicas*. Desde 1995, la legislación concursal se aplica también a las *sociedades cuyo capital pertenece, total o parcialmente, al Estado* (nacional, provincial o municipal). Algunas personas jurídicas como las *entidades*

---

*Art. 3 - [JUEZ COMPETENTE]* Corresponde intervenir en los concursos al juez con competencia ordinaria, de acuerdo a las siguientes reglas: (...) 5) Tratándose de deudores domiciliados en el exterior, el juez del lugar de la administración en el país; a falta de éste, entiende el del lugar del establecimiento, explotación o actividad principal, según el caso.

*Art. 4 - [CONCURSOS DECLARADOS EN EL EXTRANJERO]* La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina. Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, el concurso en el extranjero, no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República Argentina, para disputarles derechos que éstos pretendan sobre los bienes existentes en el territorio ni para anular los actos que hayan celebrado con el concursado.

*[PLURALIDAD DE CONCURSOS]* Declarada también la quiebra en el país, los acreedores pertenecientes al concurso formado en el extranjero actuarán sobre el saldo, una vez satisfechos los demás créditos verificados en aquélla.

*[RECIPROCIDAD]* La verificación del acreedor cuyo crédito es pagadero en el extranjero, y que no pertenezca a un concurso abierto en el exterior, está condicionada a que se demuestre que, recíprocamente, un acreedor cuyo crédito es pagadero en la República Argentina puede verificarse y cobrar -en iguales condiciones- en un concurso abierto en el país en el cual aquel crédito es pagadero.

*[PARIDAD EN LOS DIVIDENDOS]* Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes. Quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real.

*financieras* y las *compañías de seguros* tienen regímenes concursales diferenciados; la ley de concursos se les aplica con las particularidades específicas de las leyes que rigen la actividad financiera y aseguradora. Las *asociaciones mutuales* y las *administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones (AFJP)*, están completamente excluidas del régimen concursal común.

Los *procedimientos judiciales para la insolvencia* (“*concursos*”) son dos:

#### **A. El concurso preventivo**

El concurso preventivo, tiende a la *reorganización* de la empresa o de las deudas del deudor insolvente.

Sus principales *características* son:

**a.** La decisión para iniciarlo, y la petición, incumben solamente al deudor (a los administradores, en el caso de la sociedad deudora). Los acreedores no están legitimados para pedir la formación del concurso preventivo de su deudor. Sin embargo, los acreedores están habilitados a pedir la quiebra del deudor, con lo cual indirectamente pueden forzar a éste a presentarse en concurso preventivo.

**b.** Durante el concurso preventivo, las decisiones empresariales las toma el concursado, quien permanece en posesión de los bienes y al frente de la administración. No hay desapoderamiento (como en la quiebra). No obstante, la administración del patrimonio o de la empresa en concurso preventivo están sujetos a ciertas restricciones. Un funcionario llamado *síndico* es designado por el juez de una lista de contadores que no dependen del Poder Judicial. Este funcionario tiene numerosas actividades durante el concurso. En lo relativo a la administración de los bienes o de la empresa, desde la apertura del concurso preventivo hasta la homologación judicial del acuerdo preventivo, los actos ordinarios de administración están sujetos a la vigilancia del síndico; otros actos están prohibidos (los actos a título gratuito y los actos que alteran la situación de los acreedores anteriores a la presentación del deudor en concurso preventivo); finalmente, los actos que exceden la administración ordinaria sólo pueden ser realizados con autorización del juez del concurso. Para

los concursos preventivos “grandes”<sup>3</sup>, la ley establece *comités de acreedores* con facultades de información y consejo.

c. Las deudas son pagadas, generalmente ajustadas en su monto, plazo o especie, conforme a un acuerdo preventivo aprobado por los acreedores y por el juez. El acuerdo preventivo debe hacerse, obligatoriamente, sólo con los acreedores quirografarios. Estos pueden ser agrupados en clases o categorías para formularles propuestas diferenciadas, e inclusive es posible ofrecer varias propuestas alternativas a la misma clase. También se puede ofrecer acuerdo preventivo a los acreedores con privilegio general y a los acreedores con privilegio especial; y se les puede igualmente subclasificar. Las propuestas de acuerdo preventivo para acreedores privilegiados no han sido frecuentes en la práctica concursal argentina. Salvo los acuerdos para acreedores con privilegio especial –que requieren unanimidad–, los demás acuerdos se aprueban por mayorías de personas y de capital.

d. El acuerdo preventivo produce novación de las obligaciones anteriores al concurso, pero no extingue las obligaciones de los garantes. Generalmente, se acuerda el pago con dinero –local o extranjero–, obligaciones negociables, acciones u otros títulos valores. El pago con activos físicos de la empresa, u otras formas de acuerdo, están permitidos pero son poco usuales. Los poderes del juez concursal para negar homologación (rechazar) un acuerdo aprobado por los acreedores han sido radicalmente acotados por la actual ley de concursos; bajo el régimen vigente desde 1995, la aprobación judicial del acuerdo preventivo es prácticamente una formalidad.

e. Quizás la más importante de las reformas introducidas por la ley 24.522 es el procedimiento especial de *salvataje por acreedores o terceros* (que la jerga local llama, curiosamente, *cramdown*). Este mecanismo puede utilizarse en los concursos preventivos grandes de ciertas personas jurídicas (sociedades de responsabilidad limitada, sociedades por acciones,

---

3 Concursos y quiebras “pequeños” son aquellos en los cuales: (1) el pasivo denunciado es menor a \$100.000.-; o (2) hay menos de veinte acreedores quirografarios; ó (3) no hay más de veinte trabajadores en relación de dependencia (art. 288 de la LCQ). Por exclusión, denominamos “grandes” a los concursos o quiebras que no son “pequeños”.

sociedades cooperativas y sociedades cuyo capital pertenece, total o parcialmente, al Estado nacional, provincial o municipal), después de que ha fracasado el intento de la concursada por llegar a un acuerdo con sus acreedores en el llamado período de exclusividad. Una vez que queda claro que la concursada no ha arribado a acuerdo con sus acreedores, en lugar de convertir al concurso preventivo (proceso de reorganización) en quiebra (proceso de liquidación), el juez abre un nuevo período (período de salvataje) tendiente a preservar la empresa en funcionamiento. Durante este período, acreedores y/o terceros pueden llegar a un acuerdo preventivo con el resto de los acreedores de la sociedad concursada. Si tienen éxito y obtienen las mayorías necesarias (de los acreedores y, en ciertos casos, también de los socios), y el juez homologa el acuerdo, se evita la liquidación o quiebra y los oferentes del acuerdo adquieren el derecho de que se les transfiera el capital social, convirtiéndose en los dueños de la sociedad concursada.

### **B. La quiebra**

La quiebra tiene como objetivo la *liquidación* de los activos, a fin de distribuir el producto entre los acreedores.

Sus principales *características* son:

**a.** Puede ser pedida por el deudor (*voluntaria*) o por los acreedores (*necesaria o involuntaria*); también se declara *indirectamente* por conversión de un concurso preventivo fracasado, y en otros supuestos menos frecuentes, conocidos como *extensión* de otra quiebra.

**b.** El quebrado, o los administradores de la sociedad quebrada, pierden el control de la administración y la posesión de los bienes (*desapoderamiento*). El síndico es el encargado de la administración, custodia y liquidación. En principio, y salvo casos excepcionales de conclusión no liquidativa, la quiebra produce la *disolución* de la persona jurídica, que cesa de existir.

**c.** A diferencia del concurso preventivo, la quiebra incrementa las *responsabilidades personales de los administradores* de la sociedad. Estos pueden enfrentar los siguientes riesgos: (i) *Inhabilitaciones personales* (por ejemplo, la prohibición de ejercer el comercio o de ser administradores de otras sociedades). Estas duran un año, salvo que se les

considere incursos en actos criminales, en cuyo caso las inhabilitaciones pueden prolongarse mucho tiempo más. (ii) *Obligación de indemnizar* los perjuicios producidos cuando, actuando con dolo, han producido, facilitado, permitido o agravado la insolvencia o la disminución del patrimonio de la sociedad quebrada. (iii) Declaración de la *quiebra personal del administrador, por extensión* de la quiebra de la sociedad, en algunos casos extremos de actuación abusiva de aquél.

**d.** Si se llega a la liquidación, el pago a los acreedores se hace según un estado de *distribución*, donde hay diferentes categorías fijadas de acuerdo a las reglas de prelación o prioridad. Las prioridades determinan el porcentaje de cobro. Es usual que las clases inferiores tengan, en caso de liquidación, pésima performance de cobranza (porcentajes muy bajos o, simplemente, nada).

**e.** El pago se hace en el Tribunal y en una moneda uniforme –llamada “*moneda de quiebra*”–. Se trata de dinero argentino, acorde con el resultado de la liquidación y un complicado régimen de concurrencia entre acreedores (que explicaré, esquemáticamente, en el *ítem* siguiente).

Las reglas legales para las insolvencias transfronterizas tienen en cuenta las diferencias entre el concurso preventivo (*proceso de reorganización*) y la quiebra (*proceso de liquidación*). Por ejemplo, sólo en la quiebra se subordinan ciertos *acreedores extranjeros* respecto de los llamados *acreedores locales* (*regla de la preferencia local* en la quiebra argentina, cuando hay pluralidad de concursos y un acreedor pagadero en el extranjero pertenece a un concurso extranjero).

#### **IV. APROXIMACIÓN ESQUEMÁTICA AL RÉGIMEN ARGENTINO DE PRIORIDADES EN LOS CONCURSOS (PRIVILEGIOS)**

##### **A. PREFERENCIAS SEGÚN LA LEY ARGENTINA**

El derecho argentino sobre privilegios ha sido siempre bastante complicado. Hay diferentes categorías de acreedores de acuerdo a su *rango o grado*.

La ley 24.522 ha contribuido, entre otras, con dos importantes innovaciones en este tema:

**a.** Establecer que en caso de concurso sólo gozarán de privilegio los créditos así jerarquizados por la ley concursal (*unificación de la fuente de los privilegios concursales*). De este modo, los privilegios reconocidos por otras leyes no rigen en los concursos, salvo reenvío expreso de la ley concursal.

**b.** Derogar el *super privilegio* que la ley anterior consagraba a favor de las deudas laborales y previsionales (art. 11, inc. 8, de la ley 19.551), que obligaba a cancelar estas obligaciones antes de (y para) poder presentarse en concurso preventivo.

Seguidamente haré una aproximación esquemática al tema de los privilegios concursales, evitando explicaciones de detalle que harían muy difícil la comprensión a un observador no familiarizado con el derecho de mi país.

¿Cuál es el *ranking* de los diferentes créditos en el concurso argentino?

*Primero*, los créditos con “privilegio especial”.

Ellos tienen prioridad sobre uno o varios bienes en particular. Estos acreedores cobran antes que cualquier otro acreedor, sobre el producto de la liquidación de los bienes afectados al privilegio especial.

Si hubiera varios acreedores con privilegio especial sobre el mismo bien, hay diferentes reglas de concurrencia entre ellos según la clase de privilegio especial de cada uno. El porcentaje del crédito que no se cobra con privilegio, se convierte en *crédito quirografario* (excepto algunos créditos laborales, que se convierten en *créditos con privilegio general*).

Los créditos más usuales con *privilegio especial* son: los créditos con garantías reales (prenda, hipoteca, etc.), los créditos con derecho de retención, algunos créditos laborales y algunos impuestos y tasas sobre bienes determinados.

*Segundo*, los “gastos de conservación y de justicia” (o créditos “del concurso”).

Luego de pagados los créditos con *privilegio especial*, deben pagarse los créditos (*del concurso*) originados en gastos necesarios para conservar y administrar los bienes del deudor, y en diligencias judiciales y extrajudiciales de beneficio común.

Los créditos más usuales de esta categoría son los honorarios de los funcionarios del proceso concursal, y los créditos de quienes suministraron bienes o servicios a la empresa concursada después de la declaración de quiebra.

En caso de insuficiencia de dinero, entre ellos concurren *a prorrata*.

*Tercero*, los créditos con “privilegio general laboral”.

Después de pagadas las categorías anteriores, con el excedente total del producto se pagan a estos acreedores, hasta satisfacer su monto total. En caso de insuficiencia de dinero, entre ellos concurren *a prorrata*.

*Cuarto*, los demás créditos “con privilegio general” (no laboral).

Después de satisfecho el 100% de los créditos de las categorías anteriores, el 50% del dinero restante se aplica a pagar estos créditos. Si ese 50% no alcanza para pagar el monto total de estos créditos: entre ellos, concurren *a prorrata*, y el porcentaje no satisfecho se convierte en crédito *quirografario*. Los créditos más usuales de esta categoría son algunos créditos laborales, fiscales y previsionales.

*Quinto*, los créditos “quirografarios o comunes”.

El otro 50% del activo no repartido a la categoría anterior, se destina a pagar ~~*a prorrata*~~ los créditos de esta clase. Son todos los que no tienen privilegio, lo han perdido o no han podido efectivizarlo.

*Sexto*, los créditos *subordinados* convencionalmente.

Si se ha pagado la totalidad de los montos de las categorías precedentes, puede pagarse a estos acreedores *subordinados*. Son créditos cuyo titular prestó conformidad para cobrar después de otros acreedores del deudor. Es una clase de acreedores poco vista hasta ahora en los concursos, pero que aparecerá cada vez más en el futuro, a partir de la utilización de la *subordinación* en ciertos instrumentos de deuda (obligaciones negociables, por ejemplo) de sociedades comerciales (reforma por ley 24.441 al art. 3876 del Código Civil). Su efectiva posibilidad de cobro en caso de liquidación, es muy remota.

*Séptimo*, los créditos *extranjeros* postergados al saldo.

Son los créditos *pagaderos fuera de la Argentina y pertenecientes a un concurso extranjero*, en caso de *quiebra* en la Argentina. Ellos cobran sobre el *saldo*; o sea, después de pagadas todas las categorías anteriores.

En la realidad, la existencia de *saldo* en quiebras liquidativas es desconocida; la posibilidad de cobro es, así, ilusoria. Esta regla de subordinación no se aplica en el concurso preventivo.

*Octavo*, los *accionistas* o *socios* de la sociedad quebrada

Si todavía quedase dinero después de pagadas todas las categorías precedentes –hipótesis de laboratorio jamás ocurrida en la realidad–, y si el deudor es una sociedad, el dinero debe repartirse entre sus socios o accionistas. La sociedad, en caso de quiebra, queda disuelta y liquidada.

### **B. Ley que rige las prioridades o privilegios en el concurso argentino**

Cuando el crédito regido por un derecho extranjero tiene lugar de pago en la Argentina, o en cualquier caso en que se admita aquí la concurrencia sin aplicación del régimen de preferencia local (por ejemplo: si no hay pluralidad de concursos, o no hay pertenencia a concurso extranjero, o en la Argentina el procedimiento es preventivo y no liquidativo), es preciso determinar *cuál ley rige* la prioridad pretendida por el acreedor.

No hay una regla escrita en nuestro derecho. Desde el punto de vista doctrinal, prevalece la opinión según la cual en el concurso argentino las prioridades se rigen por las reglas del derecho argentino, desplazando a las disposiciones del derecho extranjero rector del crédito<sup>4</sup>. En mi opinión, las prioridades de los créditos extranjeros deberían reconocerse en los concursos argentinos conforme a nuestra regla de reciprocidad. Sin embargo, el rango de la respectiva preferencia -doméstica o extranjera- se debe regir por la *lex fori*, y ésta es la ley argentina cuando el concurso ha sido abierto en la Argentina.

El precedente jurisprudencial más relevante (a mi juicio) sobre el tema, fue dictado *in re* “*Arthur Martin S.A.*”<sup>5</sup>. Allí, el juez argentino decidió

4 BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 3a. edición, 1991, t. II, p. 1005; UZAL, María E., “*El art. 4 de la ley 19.551. Algunas reflexiones sobre su filiación sistemática*”, RDCO 1985-527 y ss.; WEINBERG de ROCA, Inés, “*Concursos internacionales en la ley 24.522*”, ED, 5 de diciembre de 1996.

5 Juzgado Nacional de 1a. Instancia en lo Comercial Número 7, (Secretaría 14), 11 de septiembre de 1989, “*Arthur Martin SA s/ incidente por Sociedad Manufacturera de Electroartefactos*”, publicado en el libro de NOODT TAQUELA, María Blanca, *Derecho Internacional Privado*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 400 y ss.



que la hipoteca a favor del Banco de Chile, sobre un inmueble situado en la Argentina, se regía por la ley argentina conforme al principio *lex rei sitae*, consagrado en el art. 10 de nuestro Código Civil. También se decidió en el mismo caso, que la prioridad o privilegio emergente de la hipoteca estaba sometida a la *lex fori*, siendo ésta la ley argentina al haber sido abierto el concurso en la Argentina. De este modo, judicialmente fue afirmada la opinión doctrinaria general antes citada.

## **V. EL CASO DEL DEUDOR DOMICILIADO FUERA DE LA ARGENTINA, CON ACTIVOS SITUADOS EN LA ARGENTINA**

**A.** La competencia de los tribunales argentinos sobre los deudores insolventes domiciliados en el extranjero: el principio general y una regla especial

El derecho argentino de insolvencia se aplica, en principio, sólo al *deudor* “domiciliado” en la Argentina. La *ciudadanía* o la *nacionalidad* del deudor son indiferentes; la Constitución Nacional establece la igualdad ante la ley de todos los que “habitan” –esto es, tienen su “domicilio”– en la República Argentina<sup>6</sup>.

La *regla general* es que los jueces de la Argentina pueden declarar la quiebra de cualquier persona –física o jurídica– con domicilio en la Argentina. A la vez, los jueces argentinos no son competentes para declarar la quiebra de un deudor domiciliado en el extranjero<sup>7</sup>.

Sin embargo, una *regla especial* (art. 2, inc. 2, de la LCQ) permite hacer excepción a la regla general: cuando el deudor domiciliado en el extranjero tiene bienes<sup>8</sup> ubicados en la Argentina y obligaciones pagaderas

6 Artículos 14, 16, 17, 18 y 20 de la Constitución Nacional.

7 “Es un principio de derecho internacional que los tribunales de un Estado sólo ejercen jurisdicción directamente sobre las personas y cosas que se encuentran en su territorio, porque fuera de él carecen de poder para hacer cumplir sus decisiones” (CSJN, “Marciano Molina c/ Marton”, Fallos, 7-267).

8 Teniendo en cuenta que los términos empleados por las normas atributivas de jurisdicción internacional deben calificarse por la *lex fori*, se ha decidido que “para establecer el alcance de la expresión ‘bienes’ (art. 2, inc. 2, LCQ) es preciso remitirse al concepto del art. 2312 del Código Civil” (CNCom, Sala A, 22 de mayo de 1991, *Mid American Credit Corporation*; y el mismo tribunal, 9 de diciembre de 1992, *Transportadora Cora*).

en la Argentina. En este caso, los acreedores “locales” (o sea, los pagaderos en la Argentina, cualquiera fuera su nacionalidad, ciudadanía o domicilio), pueden pedir la quiebra del deudor, y el juez argentino puede declarar esa quiebra, con efecto limitado a la liquidación de los bienes ubicados en la Argentina para distribuir (entre los *acreedores “locales”*) el dinero obtenido, de acuerdo con las reglas del derecho de la insolvencia.

Los *efectos* de esta clase de quiebra son limitados:

- a. Permanecen dentro de nuestro territorio (“territorialidad”).
- b. Afectan los activos pero no al *status personae* del deudor, a quien no se imponen inhabilitaciones.
- c. Se reducen, prácticamente, a una *liquidación* para la distribución del producto, de acuerdo a las prioridades del derecho argentino de la insolvencia.

Por aplicación de esta regla especial (art. 2, inc. 2, de la LCQ), la justicia argentina ha declarado la quiebra de personas domiciliadas fuera de la Argentina<sup>9</sup>.

---

9 CNCom, sala C, haciendo suyos los argumentos del dictamen No. 66.844 del Fiscal de Cámara Raúl A. Calle Guevara, 10 de febrero de 1993, “*Pacesetter Systems Inc. s/ Pedido de quiebra*” (*inédito*). Ese caso llegó a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde -por mayoría- se denegó el recurso extraordinario al juzgarse que éste se dirigía contra una sentencia que no era definitiva. Es muy interesante el voto disidente del Ministro Dr. Antonio Boggiano, del cual surge que si la sociedad cuya quiebra se pedía hubiera carecido de bienes en la Argentina, los tribunales de este país habrían sido incompetentes, por carecer de jurisdicción, para declarar dicha quiebra. Afirmó también el voto disidente que “*el art. 2, inc. 2, de la ley 19.551*”-igual al actual art. 2, inc. 2, de la LCQ- “*inviste naturaleza federal autónoma por tratarse de una norma de jurisdicción internacional*” (CSJN, 9 de junio de 1994, ED 159-59, con comentario de Germán Bidart Campos; también publicado en DYE 1/2 - 336). En otro interesante caso, la CNCom, sala A -en contra del dictamen del Fiscal de Cámara- confirmó el rechazo de un pedido de quiebra formulado contra una sociedad panameña respecto de la cual el acreedor peticionario había afirmado que ella tenía un crédito por cobrar en la Argentina. El tribunal consideró que no estaba acreditada la existencia del crédito, y por ende, al no haber “bienes existentes en el país”, no podía declararse la quiebra en la República Argentina (*in re Mid American Corporation*, fallo cit. en nota anterior).

**B.** Activos ubicados en la Argentina, pertenecientes al deudor insolvente domiciliado en el extranjero y sin acreedores pagaderos en la Argentina.

Prácticamente no tenemos experiencia sobre el posible caso de un deudor domiciliado en el extranjero, con activos en la Argentina, pero *sin acreedores pagaderos en este país*.

Al respecto, puede distinguirse:

En primer lugar, que este deudor *no podría ser declarado en quiebra en la Argentina*, ya que la regla especial de competencia del art. 2, inc. 2, de la LCQ (analizada en el punto anterior), debe interpretarse que exige la simultánea existencia de *bienes en el país* y, a la vez, *acreedores "locales"* (o sea, acreedores pagaderos en la Argentina). Es cierto que el art. 2, inc. 2, de la LCQ sólo alude a la existencia de *bienes en el país*, pero si tal supuesto se diera sin *acreedores "locales"*, no se configuraría el interés tutelable por la ley argentina para declarar la quiebra en el país. Esa disposición legal excepcional está concebida para proteger a los acreedores cuyos créditos son exigibles en la Argentina y que no podrían obtener –aquí– la declaración de quiebra de su deudor domiciliado en el extranjero –pese a la existencia de bienes en el país–, si no se afirmara la jurisdicción internacional argentina en dicho supuesto. Pero si una persona se *domicilia en el extranjero* y *carece de deudas exigibles en la Argentina*, la sola *existencia de bienes en ésta* es insuficiente para sostener la competencia del juez argentino. No está reunido el supuesto de esa norma de excepción –la tutela del crédito exigible en la Argentina– por lo que carece de sentido aplicar la susodicha *regla especial de jurisdicción* (art. 2, inc. 2, de la LCQ)<sup>10</sup>. En segundo lugar, hay controversias doctrinales no resueltas sobre cómo deberían actuar los jueces argentinos frente al *reclamo de un concurso extranjero respecto de los*

---

10 MALFUSSI, Carlos, "El art. 4 de la ley de concursos", LL 149-798; ROUILLON, Adolfo A.N., "Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la ley concursal argentina (a propósito de la reforma legislativa de 1983)", en *Rivista Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, Annata LX, ene-abr 1985, No. 1-2, p. 79, y también en RDCO año 1984. No se han encontrado precedentes judiciales específicos sobre esta hipótesis.

*activos ubicados en la Argentina*<sup>11</sup>. Al respecto, los principales problemas que enfrentaríamos son:

a. Cómo debería actuar un tribunal argentino para llegar a la conclusión de que, efectivamente, no hay *acreedores "locales"*, antes de entregar los bienes al concurso extranjero, ya que el art. 4, párr. primero, frase segunda, de la LCQ, establece que "... el concurso extranjero no puede ser invocado contra los acreedores cuyos créditos deban ser pagados en la República Argentina, para disputarles derechos que éstos pretenden sobre los bienes existentes en el territorio ...";

b. El *reconocimiento* o desconocimiento, en la Argentina, de la *sentencia extranjera de quiebra* y de los *funcionarios* del concurso extranjero y las facultades de éstos<sup>12</sup>.

Creo que la solución judicial a estos problemas sería hoy incierta. El más citado de los precedentes publicados –*Panair do Brasil SA*– es un viejo caso, fallado bajo la vigencia de la ley concursal 11.719 (derogada en 1972), en el cual se adoptaron soluciones bastante atípicas. Es difícil

---

11 De acuerdo con la opinión de GOLDSCHMIDT, Werner, (*Suma del Derecho Internacional Privado*), Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2a. edición, 1961, p. 240), desde hace muchos años he sostenido que no hay inconveniente en que esos bienes se entreguen al concurso extranjero, íntegramente, cuando se los solicite (op. cit. en nota anterior). En contra: SMITH, Juan C., "*El régimen internacional de los concursos en la ley 19.551*", LL 1980-A-761.

Bajo el régimen de la ley 11.719, con claridad se sostuvo que "si existen tan sólo bienes en la República, éstos integran la masa de concurso extranjero, y son puestos a disposición del juez de la quiebra extranjera. La solución es idéntica a la del supuesto en que habiendo sido satisfechos los créditos locales resultare un sobrante. En la práctica es igual que no existan créditos locales porque nunca los hubo, o porque, habiendo existido, ya han sido pagados. No existiendo créditos locales que amparar, los bienes existentes en el país son tratados como remanentes de un juicio de quiebra local" (KALLER de ORCHANSKY, Berta, "*Régimen de la quiebra extranacional*", LL 129-1183).

12 La única regla de reconocimiento expreso, en la Argentina, de los síndicos de la quiebra extranjera, existió en el Código de Comercio de 1859 (1862), cuyo art. 1531 -luego de establecer que los acreedores pertenecientes al concurso extranjero sólo serían tenidos en consideración, después de pagados los acreedores locales, si resultare sobrante-, decía: "*A ese respecto, se entenderán los síndicos del concurso formado en el Estado, con los síndicos del concurso extranjero*". Este párrafo fue derogado en 1889.

predecir si ellas volviesen a ser utilizadas por un tribunal argentino al presente<sup>13</sup>.

## **VI. CÓMO INCIDE EL CONCURSO EXTRANJERO, EN LA ARGENTINA, CUANDO EN ESTE PAÍS HAY ACTIVOS Y ACREEDORES "LOCALES" PERO NO HAY CONCURSO EN LA ARGENTINA**

**A.** Primera regla: "territorialidad" de la sentencia de quiebra extranjera

La primera regla para esta situación es que el concurso extranjero no puede ser invocado en la Argentina para disputar los derechos de los acreedores "locales" sobre los activos existentes en la Argentina. Tampoco puede invocarse el concurso extranjero para anular los actos celebrados en la Argentina por el deudor (art. 4, párrafo primero, frase segunda, de la LCQ).

Así, por ejemplo, los actos celebrados por el deudor con acreedores en la Argentina, que fueran considerados revocables en el país donde está el concurso extranjero, en principio permanecen válidos en la Argentina. Tampoco se aplica en la Argentina la suspensión de las acciones individuales sobre los activos locales, aunque tal suspensión pudiera haberse ordenado en el concurso extranjero.

---

13 Las principales resoluciones de "Panair do Brasil SA" fueron: CNCom, sala B, 18 de noviembre de 1970, LL 143-146 y JA 12-1971-217; CSJN, 5 de julio de 1972; Juzgado Nacional de 1a. Instancia en lo Comercial, 29 de diciembre de 1975, ED 70-387; CNCom, sala B, 13 de septiembre de 1976, ED 70-390. Pueden consultarse íntegramente transcritas en BOGGIANO, Antonio, "Derecho Internacional Privado", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, t. II, p. 936 y ss., y p. 951 y ss. En el plano doctrinal puede verse: RADZYMINSKI, Alejandro P., "Sistema de Derecho Internacional Privado Concursal Argentino", RDCO 1990-A-222 (especialmente, nota 61).

Antes de "Panair", KALLER de ORCHANSKY (*op. cit.*) cita un viejo caso en el cual se decidió que "la declaración de falencia en país extranjero no es ejecutiva en el Estado" (Fallos de la Corte Suprema, vol I, t. 6, p. 252), y otro caso de la Cámara de Comercio de la Capital del 31 de mayo de 1944, que constituiría una excepción al anterior por haber rechazado un pedido de *exequatur* de una sentencia dictada en Chile (en un juicio individual) al estar pendiente en dicho país un juicio de quiebra contra el mismo deudor, reconociendo de este modo el efecto extraterritorial -fuero de atracción, en el caso- de la sentencia chilena de quiebra (G.F., t. 170, p. 495).

**B.** Segunda regla: “extraterritorialidad” limitada de la sentencia de quiebra extranjera

La primera frase del art. 4 de la LCQ dice que “La declaración de concurso en el extranjero es causal para la apertura del concurso en el país, a pedido del deudor o del acreedor cuyo crédito debe hacerse efectivo en la República Argentina”.

Así, la declaración de concurso en el extranjero puede ser utilizada por los *acreedores* “locales”, y por el deudor, para hacer declarar la quiebra de éste en la Argentina, sin necesidad de tener que acreditar la insolvencia. La declaración concursal extranjera tiene, de esta manera, una “extraterritorialidad” limitada<sup>14</sup>, y puede producir efectos propios sin necesidad de *exequatur*<sup>15</sup>. Su peculiaridad es que sirve como *hecho de quiebra* en nuestro país, ya que dicha sentencia extranjera es suficiente para que el juez argentino pueda declarar la quiebra, sin necesidad de analizar la situación patrimonial del deudor. Esto es una excepción a la regla general según la cual los acreedores que piden la quiebra deben probar la insolvencia o *estado de cesación de pagos* (arts. 1 y 83 de la LCQ), entendiéndose por ésta que el deudor está *imposibilitado de cumplir regularmente con sus obligaciones* (art. 78 de la LCQ).

El principal problema de interpretación de esta regla ha sido determinar cuáles procedimientos extranjeros concernientes a la insolvencia pueden ser considerados “declaración de concurso en el extranjero”<sup>16</sup>.

---

14 BERCAITZ, Ana L., “La nueva ley de concursos y el Derecho Internacional Privado”, ED 43-1109.

15 ALEGRIA, Héctor, “Extraterritorialidad de los concursos”, LyE 1987-47-33.

16 Parte de la doctrina ha sostenido que cualquier procedimiento concursal extranjero permite el funcionamiento de la regla de la primera frase del art. 4 de la LCQ (CAMARA, Héctor, “El concurso preventivo y la quiebra”, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1978, vol. I, p. 339, quien ejemplifica con un deudor a quien en Italia se le hubiera abierto un procedimiento de administración controlada, lo que -a juicio de dicho autor- bastaría para provocar la quiebra en la Argentina en base a ese proceso italiano). También hay opinión contraria, que considera que la frase legal “declaración de concurso en el extranjero” alude específicamente a la quiebra y no, por ejemplo, a los concursos preventivos (SMITH, Juan C., op. cit.).

En el caso *Panamerican*, el juez argentino consideró al procedimiento del Capítulo 11 de la Ley Estadounidense de Bancarrotas de 1978, encuadrable en la noción de “concurso declarado en el extranjero” (art. 4, LCQ), y declaró la quiebra de *Panamerican* en la Argentina (con efectos limitados a los *bienes existentes en el país*: art. 2, inc. 2, de la LCQ).

## **VII. LA SITUACIÓN DE LOS ACREEDORES “EXTRANJEROS” EN CASO DE CONCURSO EN LA ARGENTINA: RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS, PRIORIDADES, SUBORDINACIÓN**

### **A. La tendencia actual**

La legislación concursal argentina, en toda su historia, jamás discriminó a los acreedores por su nacionalidad o ciudadanía, ya que la Constitución Nacional lo prohíbe. Por eso, aclaro que cuando se habla de la situación de los *acreedores “extranjeros”* en el concurso argentino, la calificación de “*extranjero*” en realidad refiere a una cualidad del *crédito* y no del *acreedor* titular de él. El *crédito* (y sólo por extensión de lenguaje, el *acreedor*) es “*extranjero*” cuando el *lugar de pago* no está dentro de las fronteras de la República Argentina.

A la inversa, el *acreedor* (mejor: el *crédito*) es “*local*” cuando el *lugar de pago* de la obligación es en la República Argentina.

En materia concursal, esta distinción entre *acreedores o créditos “locales”* y “*extranjeros*”, tiene en mira cierta protección de los primeros y consecuente discriminación de los segundos, por lo que se la conoce como la “*regla de las preferencias locales*”. Ella viene de los orígenes de nuestra legislación comercial (1859), se inspiró en la situación que la Argentina ocupaba en el mundo de entonces, y —a mi juicio— carece absolutamente de sentido en el mundo de hoy. Sin embargo, en alguna medida subsiste en la actual legislación concursal.

La evolución de la regulación legislativa y de la aplicación jurisprudencial de la “*regla de las preferencias locales*”, muestra una larga primera etapa (entre 1859 y, aproximadamente, 1970) de moderada interpretación discriminatoria; luego, una segunda etapa, breve (desde 1970 hasta 1983) pero de intensa discriminación; y, por fin, una última

etapa (desde 1983 en adelante), en la cual la discriminación ha sido radicalmente disminuida pero aún subsisten resabios de ella.

Desde 1983, año en que se reformó (por ley No. 22.917) el art. 4 de la Ley de Concursos No. 19.551, puede afirmarse que se ha reducido la discriminación de los *acreedores "extranjeros"* en los concursos argentinos. Ese año se puso en vigencia la llamada "*regla de reciprocidad*", que aunque hoy parezca inapropiada, en ese entonces significó un adelanto en el camino hacia la disminución de las diferencias, en el concurso argentino, entre *acreedores "locales"* y *"extranjeros"*<sup>17</sup>.

Permítaseme advertir que la tendencia a equiparar *acreedores "locales"* y *"extranjeros"* era bastante resistida hace quince años. Hoy, por lo contrario, parecen soplar vientos favorables a la desaparición de estas discriminaciones. Sería deseable que futuras enmiendas legales se hagan en este sentido. Parecería probable, también, que las futuras interpretaciones jurisprudenciales sean favorables a la minimización de este tipo de discriminaciones. Es posible que así ocurra, siempre y cuando se mantengan el actual estado de opinión corriente en la Argentina - favorable al intercambio internacional-, la apertura de la economía y los procesos de integración en uniones aduaneras o mercados comunes<sup>18</sup>.

---

17 Hace un cuarto de siglo, NADELMANN sostuvo que nuestro sistema de prevalencia de los acreedores *"locales"* no respondía a las condiciones económicas ya entonces vigentes, en especial a la falta de estabilidad respecto de la situación de los bienes. Para él, la "regla argentina" sólo podría tener vigor mientras el resto del mundo se desinteresara de nuestra situación, ya que si en el exterior se decidiera someter los créditos argentinos a la misma regla, el mecanismo se volvería contra quien lo instauró. Ya en 1973 vaticinó que el sistema no sobreviviría la prueba mucho tiempo, y propició su reemplazo por una "cláusula de reciprocidad" (NADELMANN, Kurt, "El tratamiento discriminado de los acreedores extranjeros", JA doctrina 1974-417). Diez años después, el pronóstico se cumplió. Luego de varias resoluciones jurisprudenciales escandalosamente discriminatorias contra créditos exigibles en el extranjero que quisieron hacerse valer en concursos argentinos, la ley de concursos fue reformada en 1983 instaurándose una "regla de reciprocidad" y acotándose significativamente la "regla de preferencia local".

18 El contraste entre la tónica no discriminatoria de la jurisprudencia posterior a 1983 y los fallos chauvinistas de la anterior década puede advertirse, por ejemplo, en los casos "*Clement, Jorge s/ quiebra*" (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de San Isidro, pcia. de Buenos Aires, Sala 2, 4 de marzo de 1993), "*Incidente de revisión de Emiliani S.P.A. en la quiebra de Ventura*" (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata, pcia. de Buenos Aires, Sala 1, 17 de noviembre de 1994), "*Matadero*



## **B. Créditos “locales” y créditos “extranjeros”**

Muchos aspectos de la interpretación de esta regla legal son objeto de controversias doctrinales no resueltas. Por ello, me limitaré a ensayar una explicación muy esquemática, enfatizando los puntos donde la opinión teórica es pacífica o donde ya hay precedentes judiciales.

La diferencia entre *acreedor* “local” y “extranjero” (mejor aún: entre *crédito* “local” y “extranjero”), pasa por lo siguiente:

*Crédito* “extranjero” es el crédito pagadero en el exterior.

*Crédito* “local” es el crédito pagadero en la Argentina.

Una situación particular exhibe el crédito con *domicilios de pago alternativos*, en la Argentina y/o en el exterior, a elección del acreedor. A mi juicio, este crédito debería ser considerado *crédito “local”*. Esto todavía no ha sido decidido judicialmente bajo el régimen vigente desde 1983. Sin embargo, existe el importante precedente “*Trading Americas SA*”<sup>19</sup>, resuelto bajo el anterior régimen que era más discriminatorio. Es, entonces, altamente probable que esa doctrina judicial será usada, *a fortiori*, en futuros casos de créditos pagaderos alternativamente en la Argentina y/o en el exterior, a elección del acreedor, y por ello se llegue a juzgar a éstos como *créditos “locales”* en el concurso argentino<sup>20</sup>.

## **C. Verificación concursal de los créditos “extranjeros”: la “regla de la reciprocidad”**

El reconocimiento en el concurso argentino del *crédito* “extranjero”, exige la demostración de que, recíprocamente, un *crédito* “local” (pagadero en el Argentina) sería reconocido y podría cobrar, en iguales condiciones, en un concurso del país donde el *crédito* “extranjero” es pagadero (art. 4, párr. tercero, LCQ). Esta *regla de reciprocidad* se aplica en el concurso

---

*y Frigorífico Antártico S.A. s/ inc. de verif. de créd. por Formac. inc.*” (CNCom, Sala A, 11 de mayo de 1994, ED 161-458), y “*Luis de Ridder Limitada S.C.A.*” (CSJN, 9 de junio de 1994, JA 1995-I-646).

19 CNCom, Sala E, 15 de septiembre de 1983, JA, 1983-IV-186. En alguna medida, aunque con menor desarrollo argumental, igual criterio afirmó la CSJN *in re “Banco Europeo para América Latina c/ Cura Hnos. SA”*, 8 de septiembre de 1983, LL 1983-D-404, con anotación de SANCINETTI, Marcelo A.

20 *Vide*: BOGGIANO, A., *op cit.*, tomo II, p. 1030.

preventivo y en la quiebra<sup>21</sup>, constituyendo una suerte de condición de ingreso de esos acreedores a los procesos concursales (de reorganización o de liquidación) abiertos en la Argentina.

Es de destacar que la ley 24.522 introdujo una importante *excepción* a esta regla. La última frase agregada al art. 4 de la LCQ dice que “*quedan exceptuados de acreditar la reciprocidad los titulares de créditos con garantía real*”. De este modo, los acreedores pagaderos en el extranjero que tienen garantía real (hipotecas o prendas) sobre bienes situados en la Argentina, están *exentos* de satisfacer el *test de reciprocidad*, por lo cual no deben acreditar el derecho concursal extranjero aplicable en el lugar del pago del crédito.

#### **D. Carga de la prueba de la “reciprocidad” (¿quién?, ¿cómo?)**

El principal problema que la *regla de reciprocidad* ha ofrecido a los tribunales argentinos, ha sido el de la *carga de la prueba* del derecho extranjero, en el doble aspecto de *quién debe probarlo*, y *cómo se acredita* el derecho extranjero involucrado en cada caso.

La ratificación argentina de la CIDIP II (“*Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*”, aprobada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979; Ley No. 22.921, 1 de diciembre de 1983), ha abierto cauce a la interpretación judicial más amplia y flexible sobre ese *onus probandi*<sup>22</sup>.

Inclusive en casos donde están involucrados Derechos de países que no son parte de esa Convención Internacional, se ha hecho aplicación de sus principios. Así, en el caso “*Cacace, Horacio C. A. y otro / Inc. de impugnación por Sherrant SA*”<sup>23</sup>, se admitió dentro de las facultades instructorias y de investigación de los jueces, requerir a las partes interesadas los elementos que permitan establecer el contenido del

---

21 ALEGRIA, H., *op. cit.*

22 *Vide.* GOLDSCHMIDT, Werner, “*Un logro americano en el campo convencional del Derecho internacional Privado*”, ED 83-833; y del mismo autor, “*El derecho extranjero en el proceso (los tres enfoques argentinos)*”, ED 115-802.

23 CNCom, Sala B, 22 de agosto de 1990, siguiendo la opinión del Fiscal de Cámara Dr. Raúl A. Calle Guevara No. 62.710/90, SAIJ N0004042.

derecho extranjero eventualmente aplicable al caso; dejándose así establecido que la carga de la prueba del derecho extranjero no estaría sólo en hombros del acreedor.

En *Arthur Martin S.A.*, un acreedor “extranjero”, para satisfacer la *regla de reciprocidad* tenía que acreditar el derecho de Chile y el de los Estados Unidos de Norteamérica, en conexión con una verificación de crédito muy compleja. Dicho acreedor acompañó ambos textos legales y, además, un dictamen de dos profesores universitarios chilenos y otro dictamen de un abogado de Nueva York. El juez consideró que las opiniones de los expertos sobre los precedentes, la práctica y el real sentido de las disposiciones legales extranjeras involucradas en el reclamo, eran exhaustivas. En “*Cavifré S.A. s/ quiebra s/ incidente de revisión por Overland Trust Banca*”<sup>24</sup>, se tuvieron por acreditadas las condiciones de reciprocidad al acompañar el acreedor un testimonio escrito, bajo declaración jurada, y un *memorandum* de derecho, debidamente certificados y traducidos, prestados por un profesional del derecho habilitado para actuar ante los Tribunales Federales del Estado de Nueva York con jurisdicción en materia de quiebras, de los que surgía que “las leyes de los Estados Unidos de América y del Estado de Nueva York, no otorgan prioridad o preferencia, en las quiebras, a los acreedores nacionales sobre los acreedores extranjeros”.

La prueba del derecho extranjero se admitió de modo flexible en el caso “*D’Angelo, Lydia v. Paino, Myriam*”<sup>25</sup>, a través de una copia de la Ley Estadounidense de Bancarrotas de 1978, a fin de demostrar la regla de reciprocidad y verificar un crédito de un tenedor de un cheque pagadero en Estados Unidos de Norteamérica.

*In re Massey Ferguson S.A.*<sup>26</sup>, se consideró satisfecha la carga probatoria de la reciprocidad cuando un acreedor, con domicilio de pago

---

24 CNCom, sala A, 10 de septiembre de 1991, adoptando el dictamen del Fiscal de Cámara Dr. Raúl Calle Guevara No. 64.987.

25 JCCRosario, 1a. Nominación, 11 de diciembre de 1987, RJVS II-201, con comentario de Alejandro MENICOCCI.

26 JCCRosario, 13a. Nominación, 26 de febrero de 1996, con comentario de Mario Eugenio CHAUMET, “*Reciprocidad y calidad del derecho extranjero en el proceso*”, DYE 5-306.

en Inglaterra, acompañó al tribunal la opinión de un experto británico explicando la inexistencia de reglas discriminatorias de los acreedores extranjeros en el derecho inglés.

Por fin, debe destacarse lo resuelto en la quiebra del “*Banco Integrado Departamental Coop. Ltda.*”. Se solicitó la verificación de varios créditos pagaderos en los Estados Unidos de Norteamérica, y sólo algunos de esos acreedores acreditaron la falta de discriminación en la legislación norteamericana presentando dictámenes de abogados de ese país. Hubo impugnaciones –de otros acreedores– que cuestionaron la falta de acreditación de la *regla de la reciprocidad*. El juez de la quiebra, siguiendo el dictamen de la sindicatura, desestimó las impugnaciones y afirmó dos principios interpretativos de la carga de la prueba de la reciprocidad que nunca antes se habían sostenido por la jurisprudencia: primero, que cuando una pluralidad de acreedores pagaderos en un país extranjero solicita verificación, no es necesario que cada uno de ellos acredite el (mismo) derecho extranjero “sino que es suficiente que uno solo de los acreedores admitidos al pasivo lo acredite”; segundo, que desde que hay tribunales argentinos que ya han admitido que el sistema legal norteamericano es receptivo de los créditos pagaderos en la Argentina, “no es necesario que cada acreedor en el futuro lo deba hacer también”, sentando así el principio de la acreditación de la reciprocidad a través de los propios precedentes de la jurisprudencia argentina. Esta doctrina judicial novedosa y realista importa un paso más adelante en el camino de la no discriminación. Fue rematada por el magistrado actuante con la afirmación de que esa interpretación se ajusta

a la letra del art. 4 que prescribe ‘se acredite’ tal circunstancia, pero no le impone la carga de la prueba al verificante en cada caso. Tal actitud resulta estéril y demasiado formal: una vez acreditado que el derecho estadounidense es receptivo en este sentido, ya está acreditado y no es necesario acreditarlo nuevamente<sup>27</sup>.

---

27 Juzgado de 1a. Instancia de Distrito Judicial No. 3 en lo Civil y Comercial, 2a. Nominación a cargo del Juez Marcos Ferrarotti, Venado Tuerto (provincia de Santa Fe), 25/9/96, *in re* “Banco Integrado Departamental Coop. Ltda. s/ Quiebra” (expediente 1379/95).

### **E. El cobro concursal del crédito “extranjero”: la “regla de la preferencia local”**

Si el *acreedor* “extranjero” satisface la *regla de reciprocidad* y obtiene *verificación* de su crédito en el concurso argentino, a los efectos del *cobro* de la acreencia es preciso distinguir según se trate de la concurrencia a un *concurso preventivo* o a una *quiebra*.

Cuando el concurso argentino es *concurso preventivo*, el *acreedor* “extranjero” no experimenta –no debería experimentar– ninguna discriminación<sup>28</sup>.

Cuando el concurso argentino es *quiebra liquidativa*, y el crédito “extranjero” –además– “pertenece a un concurso extranjero”, entonces se *subordina* a este crédito “extranjero” respecto de todos los créditos “locales”. En tal caso, esta categoría de “crédito extranjero perteneciente a concurso extranjero”<sup>29</sup> solamente podría cobrar en la quiebra liquidativa argentina “sobre el saldo, una vez satisfechos los demás acreedores” locales. En los hechos, la experiencia indica que jamás hay “saldo” en la quiebra liquidativa; por lo cual esta clase de crédito “extranjero” tiene remotísimas posibilidades de cobrar algún porcentaje.

En síntesis:

a. Los créditos pagaderos exclusivamente en el extranjero, y solamente ellos, son considerados *créditos “extranjeros”*;

b. Los *créditos “extranjeros”* deben satisfacer el *test de la “reciprocidad”*, cuando son reclamados en cualquier proceso concursal argentino (*concurso preventivo o quiebra*);

c. En principio, después de haber sido verificados, no hay discriminación para el *crédito “extranjero”* respecto de su rango (posición) para el cobro; excepto:

---

28 Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, “*Alfredo Alejandro Scola y Cía. S.C.A.*”, 19 de octubre de 1993, JA 1994-II-256.

29 En el precitado caso “*Cavifré S.A. / inc. de revisión por Overland Trust Banca*”, se hizo la interpretación correcta de la *regla de la preferencia local* al sostenerse que, para que ella funcione, es necesaria la existencia de otro concurso foráneo al cual pertenezca el *crédito extranjero*.

d. En caso de *quiebra liquidativa*, en la cual algunos *créditos* “extranjeros” resultan *subordinados* al “saldo”. Esta regla, llamada “regla de preferencia local”, es aplicable sólo a los créditos con exclusivo lugar de pago fuera de la Argentina si –además– pertenecen a un concurso declarado en el extranjero<sup>30</sup>.

**F. El acreedor “extranjero”: ¿puede pedir la quiebra del deudor domiciliado en la Argentina?**

El cuestionamiento refiere al caso del acreedor titular de un crédito exigible en el exterior, cuyo obligado al pago se domicilia en la Argentina. En este caso, la duda radica sobre la legitimación de ese acreedor para pedir, en la Argentina, la quiebra de su deudor.

En el caso *Vicario, José M. (conc.)*<sup>31</sup>, el Sr. Bruno H. Schubert y Henninger International Brauereiberatung und Management G.m.b.h. (domiciliados en Alemania), se presentaron ante el juez argentino pidiendo la declaración de quiebra de José María Vicario (domiciliado en la Argentina), invocando ser titulares de varios créditos, todos celebrados y pagaderos en Frankfurt (Alemania). El juez de primera instancia rechazó el pedido de quiebra por considerar que los peticionarios no tenían legitimación activa según nuestra ley concursal entonces vigente (ley 19.551). El tribunal de apelación revocó esa decisión, sosteniendo que “dentro del ordenamiento legal argentino, el acreedor titular de créditos a cobrar en el extranjero, dispone de legitimación activa suficiente para peticionar la quiebra en nuestro país...”.

Esa solución jurisprudencial, que podía ofrecer alguna duda bajo el régimen de la ley 19.551, se tornó indudablemente acertada después de la reforma de 1983<sup>32</sup>.

---

30 “El acreedor individual que no pertenece a ningún concurso formado en el extranjero no sufre postergación en el pago, pudiendo cobrar en iguales condiciones que los demás acreedores, si ha acreditado la reciprocidad prevista en el tercer párrafo del art. 4 de la ley de concursos” (Cám. Ap. Civ. y Com. de Mar del Plata, Sala 1, 17 de noviembre de 1994, “*Emiliani S.P.A. s/ Incidente de revisión en autos Ventura s/ quiebra*”, SAIJ B1351112).

31 C. 1a. Mar del Plata, sala 2a., 12 de agosto de 1975, JA 1976-I-551.

32 ALEGRIA, H., *op. cit.*

Durante la vigencia de esta última, se arribó a la misma solución en el caso *Sager, Gerold s/ quiebra*<sup>33</sup>. En este asunto, “Bank Rohner AG”, acreedor domiciliado en Suiza, titular de un crédito pagadero también en Suiza, pidió ante un juez argentino la declaración de quiebra del Sr. Gerold Franz Josef Sager, domiciliado en el territorio dentro del cual tenía competencia el juez argentino. El juez de primera instancia declaró la quiebra. El tribunal de apelación –por mayoría de votos de sus jueces– confirmó esa decisión al considerar que el recurso de apelación había sido mal interpuesto. Sin embargo, es de destacar que el voto disidente de uno de los jueces del tribunal de apelación sostuvo que el acreedor peticionario no tenía legitimación para requerir la declaración de quiebra en la Argentina y, además, que el juez argentino no era competente debido a que la petición de quiebra la había formulado un acreedor cuyo crédito era exigible solamente en Suiza. Esa disidencia, largamente desarrollada (y a mi juicio equivocada, ya que la competencia del juez argentino existía porque el deudor se domiciliaba en la Argentina), afortunadamente no se impuso como criterio del tribunal, pero demuestra las inseguridades interpretativas que todavía subsisten en razón del mantenimiento en la legislación argentina, aunque sea de manera residual, del inconveniente y anticuado trato discriminatorio de los créditos pagaderos en el extranjero.

### **VIII. PARIDAD EN LOS DIVIDENDOS**

En 1983, la ley 22.917 introdujo por primera vez en nuestro derecho concursal internacional una regla de “paridad en los dividendos”, mantenida también por la ley 24.522, que dice así: “Los cobros de créditos quirografarios con posterioridad a la apertura del concurso nacional, efectuados en el extranjero, serán imputados al dividendo correspondiente a sus beneficiarios por causa de créditos comunes” (art. 4, párr. final, LCQ).

---

33 Juzgado de 1a. Instancia en lo Civil y Comercial de la 1a. Nominación de Santa Fe, 26 de marzo de 1986; confirmado por CCCSanta Fe, Sala 2a. en tribunal integrado de cinco miembros (con la disidencia del Dr. Dalla Fontana), 26 de diciembre de 1986, SAIJ J0200322.

La Exposición de Motivos de la ley 22.917 (pto. 8.) la explica de este modo:

tiende a provocar una suerte de retorsión, no mediante exclusión de la verificación, sino a través de la retención de dividendos, que son lo importante, respecto de aquellos acreedores que hubieran satisfecho créditos propios, luego de la fecha de apertura del concurso argentino, mediante procedimientos seguidos en otra nación, afectando así la paridad de los interesados que es uno de los fines del trámite falencial. La regla se inspira en la disposición norteamericana. Se busca 'igualar' al acreedor que obtuvo beneficio propio, con los demás que respetaron en mayor medida el procedimiento común. Como no se hace depender esto de cuál sea el lugar de pago, evita esa aventajada conducta, provenga ella tanto de acreedor pagadero en el exterior cuanto de otro pagadero en esta República. La redacción vigente del art. 4 excluye del concurso al acreedor por razón del lugar en que hubiera de haber sido pagado, pero no prevé regla ninguna para evitar que un acreedor, pagadero localmente, fraccione su crédito para emplear una parte del mismo para cobrar en el exterior, y con otra fracción de sus títulos solicite, obtenga y se beneficie de una verificación concedida en el concurso local.

En los años transcurridos desde la consagración legal de la *regla de paridad en los dividendos*, no se conocen casos publicados de aplicación de ella<sup>34</sup>.

## IX. CONCLUSIONES

Como resumen de lo expuesto pueden señalarse las siguientes conclusiones:

*a.* El régimen argentino para insolvencias transfronterizas de *fuerza internacional* tiene poca relevancia en la actualidad, debido a que en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 no son partes ni siquiera los países vecinos con quienes tenemos mayor volumen de intercambio

---

34 Ejemplos hipotéticos, con cifras, de los resultados que podrían lograrse a través de la *regla de paridad en los dividendos*, pueden verse en: ROUILLON, Adolfo A.N., "Reformas al régimen de los concursos (Comentario a la ley 22.917)", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 64 y ss.



comercial y las más importantes relaciones económicas (Brasil y Chile). Además, en los pocos casos en que se ha hecho aplicación de dichos Tratados, se ha puesto en evidencia que sus reglas no conducen a soluciones rápidas, prácticas ni eficientes, de las insolvencias transfronterizas.

b. Al filo del siglo XXI, el régimen argentino para insolvencias transfronterizas de *fuentes interna* sigue respondiendo, con algunos retoques, a las concepciones elaboradas durante el siglo XIX. Es, así, un régimen anacrónico, que se muestra desajustado respecto de la actual realidad de la Argentina, de su inserción en la economía regional y global, de la manera como hoy se llevan a cabo las transacciones económicas y financieras, y de los sistemas contemporáneos de comunicación.

c. Si bien la discriminación contenida en la *regla de las preferencias locales* ha sido sensiblemente acotada, por la reforma legislativa de 1983 y por la aplicación jurisprudencial posterior, ella subsiste en alguna medida. También tiene un sesgo discriminatorio la *regla de la reciprocidad*. Ello es incongruente con los lineamientos de la política económica e internacional hoy vigente. Tampoco se adviertan cuáles son las actuales ventajas de mantener esas reglas que, aunque van perdiendo relevancia en la legislación y, en los últimos quince años, no han dado lugar a fallos jurisprudenciales chauvinistas, todavía mantienen una imagen discriminatoria inútil y contraproducente.

d. Es previsible que los jueces argentinos deban enfrentar un número cada vez más alto de casos con cuestiones internacionales de insolvencia. Sin embargo, el derecho argentino de insolvencias transfronterizas aún carece de reglas modernas para solucionar los principales problemas que han de presentarse: el *reconocimiento* de los procedimientos extranjeros de insolvencia, el *acceso* a la justicia argentina de los administradores de esos procedimientos extranjeros de insolvencia, y la *cooperación* internacional entre jueces concursales argentinos y extranjeros. A mi juicio, por estas cuestiones, y no por las viejas reglas discriminatorias que hoy subsisten, pasará el derecho concursal internacional del tercer milenio.

# **Panorámica actual de la Doctrina Procesal (con especial referencia al derecho procesal mexicano)\***

Eduardo Ferrer Mac-Gregor\*\*

## **Sumario**

- I.- Introducción.
- II. Congresos, coloquios, encuentros y jornadas nacionales, iberoamericanas, panamericanas e internacionales de derecho procesal.
- III. Poder Judicial y derecho procesal.
- IV. Justicia alternativa para la solución de los conflictos.
- V. Informática jurídica, Internet y derecho procesal.
- VI. Reflexión final.

---

\* El presente trabajo tiene su origen en la ponencia presentada en el “*Primer curso de preparación y capacitación para profesores de derecho procesal*”, celebrado en la ciudad de México, los días 16 a 20 de julio de 1999, organizado por el Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la UNAM.

\*\* Abogado mexicano y doctor en Derecho por la Universidad de Navarra.

## I. INTRODUCCIÓN

Una de las preocupaciones de los procesalistas a nivel mundial es el relativo a la enseñanza del derecho procesal. *Cappelletti* desde los años cincuentas apuntaba severas críticas en los sistemas de enseñanza europeos.<sup>1</sup> Si bien desde entonces existe una mayor preocupación sobre el tema y la tendencia hacia una evaluación periódica sobre los sistemas de enseñanza a la luz de los avances de la pedagogía contemporánea, todavía queda mucho por hacer. La tecnología alcanzada en los últimos años ha revolucionado el modo de vivir y los métodos tradicionales de la enseñanza. Hoy es común poder cursar o participar en diplomados y seminarios teniendo al expositor en lugares distantes a través de la videoconferencia. Incluso ya existen las denominadas “universidades virtuales” y, por supuesto, una enseñanza del derecho procesal también virtual. Todo ello nos debe llevar a la reflexión profunda y a concebir nuevos sistemas de enseñanza.

El problema de la enseñanza del derecho, en general, y del derecho procesal, en particular, viene a complicarse en los últimos años debido al “boom” en la creación de universidades, facultades, escuelas y departamentos de derecho en toda la República mexicana. Esta expansión educativa implica, lógicamente, una escasez de profesores especializados en la materia que imparten y, consecuentemente, que profesores no especialistas en la disciplina procesal o abogados sin bases pedagógicas tengan que improvisar –lo cual no tiene nada de malo si se afronta esta realidad con responsabilidad–. Es por ello que resulta laudable el esfuerzo, hoy cristalizado, del *Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM* y del *Colegio Superior de Ciencias Jurídicas*, para organizar y realizar este *I curso de preparación y capacitación para profesores de derecho procesal* (con la participación de profesores de varios países latinoamericanos).

Entrando en materia, debemos decir que una *Panorámica actual de la doctrina procesal* representa, en realidad, un tema tan vasto que bien podría realizarse en todo un seminario y no en las escasas dos horas

---

1 Cappelletti, Mauro, *Enseñanza del derecho y tirocinio profesional en Alemania e Italia*, Buenos Aires, Ejea, 1959.

que tenemos para la exposición, pero bien vale la pena un esfuerzo de síntesis. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el vocablo “panorámica” como lo “perteneciente o relativo al panorama”. Y “panorama” –nos informa el mismo diccionario– viene de dos locuciones griegas que significan: “todo” y “vista”; de tal manera que panorama se define como “vista de un horizonte muy dilatado”. Por consiguiente, lo que a continuación pasamos a exponer constituye un vistazo del enorme horizonte de la doctrina procesal, a nivel nacional, iberoamericano y mundial. Como es comprensible, no podemos abordar todos los temas. Hemos seleccionado tan sólo los que consideramos de mayor relevancia en la actualidad, teniendo como parámetro la preocupación dominante de los procesalistas, según pudimos visualizar de la literatura científica de nuestra disciplina y de los temas tratados en los distintos congresos y jornadas nacionales, iberoamericanas, panamericanas y mundiales de derecho procesal.

## **II. CONGRESOS, COLOQUIOS, ENCUENTROS Y JORNADAS NACIONALES, IBEROAMERICANAS, PANAMERICANAS E INTERNACIONALES DE DERECHO PROCESAL**

### **A) Marco general**

A partir de la doctrina de los pandectistas alemanes de la segunda mitad del siglo pasado, se ha venido desarrollando la Ciencia procesal. Si bien para algunos autores resulta arbitrario el establecer fechas de inicio de la denominada etapa del “procesalismo científico”, no puede negarse que a partir de la conocida polémica entre *Windscheid y Muther* (1856-1857), se produjo el desarrollo del derecho procesal como disciplina autónoma, al confrontar la primitiva *actio* romana con la *Klage* germánica, lo que motivó la escisión de la acción del derecho sustantivo material.

Once años después de esta trascendental polémica aparece la obra clásica de *Oscar von Bulöw* (*Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*), la cual también ha marcado pauta para el comienzo del estudio científico del derecho procesal. Posteriormente, la escuela del procesalismo científico siguió en Alemania y tuvo un gran desarrollo a comienzos del siglo XX en Italia.

El estudio científico del derecho procesal, sin embargo, ha dejado de ser monopolio de Alemania e Italia, como bien lo señaló hace tiempo Alcalá-Zamora y Castillo.<sup>2</sup> Desde hace varias décadas, los científicos del derecho procesal han confrontado ideas e inclusive, canalizado esfuerzos para el estudio común de temas procesales de interés regional o mundial, lo que ha originado la reunión periódica de los procesalistas.

Así han nacido los diferentes organismos permanentes que suelen llevar el nombre de la tarea que desempeñan y que abarcan diferentes ámbitos geográficos de estudio, destacando el Instituto Mexicano de Derecho Procesal (a nivel nacional);<sup>3</sup> los Institutos Iberoamericano<sup>4</sup> y Panamericano de Derecho Procesal<sup>5</sup> (a escala continental, incluyendo a España y Portugal); y la Asociación o Instituto Internacional de Derecho Procesal<sup>6</sup> (de carácter mundial). Estos organismos permanentes se reúnen periódicamente para el análisis y estudio de los distintos temas procesales de actualidad y que por lo mismo tienen poco tratamiento. Las reuniones de estudio de dichas organizaciones se denominan: Congresos Mexicanos, Jornadas o Encuentros Iberoamericanos y Panamericanos, y Congresos Internacionales de Derecho Procesal. No obstante, existen o han existido otras organizaciones que han realizado distintos eventos, como paneles de discusión de temas procesales, tal es el caso de las Conferencias Panamericanas, Jornadas Nacionales, etc., y que se distinguen de las ya mencionadas porque son por cierto período o no se especializan en el

---

2 *Veinticinco años de evolución del derecho procesal 1940-1965*, México, UNAM, 1968, pp. 19 y 67-116.

3 Según NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, en el bienio 1945-1946, se conjuntaron tres factores trascendentes en el cultivo del derecho procesal científico en México: 1.- la fundación, el 2 de mayo de 1945, de la *Academia Mexicana de Derecho Procesal* (antecesora del actual Instituto); 2.- la creación, el 15 de marzo de 1946 del *Seminario de Derecho Procesal*, en la entonces Escuela Nacional de Jurisprudencia de la UNAM; y 3.- la publicación del libro *Instituciones de derecho procesal civil* de RAFAEL DE PINA y de JOSÉ CASTILLO LARRAÑAGA ("Vida y milagros del Instituto Mexicano de Derecho Procesal", en *Derecho procesal mexicano*, México, Porrúa, 1976). Como señalaremos *infra*, en la actualidad el presidente de este Instituto es el Dr. Gonzalo ARMIENTA CALDERÓN.

4 Presidido por el procesalista argentino Dr. Roberto Omar Berizonce (que sustituyó en las pasadas Jornadas en San José, Costa Rica, al Dr. José Carlos Barbosa Moreira.

5 El Dr. Humberto BRISEÑO SIERRA es su presidente.

6 El actual presidente es el profesor Marcel STORME.

derecho procesal, sino que tratan múltiples disciplinas de la Ciencia jurídica. También destacan los ciclos de conferencias sobre derecho procesal, como por ejemplo, el Primer ciclo de conferencias de derecho procesal mexicano, organizado por el Instituto de la Judicatura del Estado de Baja California.<sup>7</sup>

### **B) Congresos mexicanos de derecho procesal**

Comenzaron en 1960 bajo el auspicio de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, y del Instituto Mexicano de Derecho Procesal, organismo creado el 2 de mayo de 1945 con el nombre de Academia Mexicana de Derecho Procesal y que adquirió la denominación que actualmente tiene el 30 de agosto de 1956. Desde entonces, el Instituto ha sido presidido por los procesalistas Ignacio Medina, Roberto Molina Pasquel, Humberto Briseño Sierra, y actualmente por el doctor Gonzalo Armienta Calderón.

Este Instituto se ha encargado de la organización de los dieciséis Congresos Mexicanos de Derecho Procesal que se han efectuado hasta la fecha, destacando también la participación de la Facultad de Derecho de la UNAM, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma Universidad, y de los poderes judiciales de los estados. Los Congresos se han enriquecido con la participación de procesalistas extranjeros. Además se ha logrado la difusión de las ponencias y estudios a través de distintas publicaciones, como la Revista de la Facultad de Derecho de la UNAM, la Revista Procesal que edita el propio Instituto Mexicano de Derecho Procesal, o bien, en las Memorias que de cada congreso se publican por los organizadores del evento.

Los dieciséis Congresos Mexicanos de Derecho Procesal han tenido como sede y fechas las siguientes: I. ciudad de México (1960) y que coincidió con las I Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal; II. ciudad de Zacatecas (1966); III.- ciudad de Oaxaca (1967); IV.- ciudad de Cuernavaca (1969); V.- ciudades de Culiacán y Mazatlán (1970); VI. ciudad de Toluca (1974); VII. ciudad de Monterrey (1976); VIII.- ciudad de Jalapa (1979); IX. ciudad de Mazatlán (1982); X. ciudad de Guadalajara (1984);

---

7 Cfr. *Revista del Poder Judicial del Estado de Baja California*. *Admónjus*, Méxicali, vol. III, año 3, núm. 8, diciembre de 1999, pp. 84-88.

XI. ciudad de Durango (1986); XII. ciudad de Tampico (1989); XIII.-ciudad de Cuernavaca (1992) y que coincidió con las XIII Jornadas Iberoamericanas; XIV. ciudad de México (1994); XV. ciudad de Querétaro (1997); y XVI. ciudad de Guanajuato (1999).

La temática de los congresos ha sido de lo más variada, destacando los siguientes: aspectos procesales del juicio de amparo; unificación de los códigos procesales mexicanos (civiles y penales); carrera judicial; comentarios o propuestas a códigos adjetivos ya existentes o nuevos, de las entidades federativas (Zacatecas, Morelos, Baja California, Jalisco, etc.); distintos procesos: fiscales, mercantiles, administrativos, agrarios, penales y civiles; la acción, pretensión y defensa; la oralidad en algunos procesos; arbitraje; etc. El último congreso (XVI) se celebró en abril del presente año en Guanajuato y tuvo como tema principal: la teoría de la prueba.

Uno de los temas recurrente en estos congresos nacionales –que también se analizó en el último Congreso mexicano efectuado en la ciudad de Guanajuato– por procesalistas nacionales como extranjeros, es el relativo a la enseñanza del derecho procesal, motivo precisamente por el que hoy nos reúne a los profesores y académicos.

### **C) Congresos, encuentros, coloquios y jornadas iberoamericanas, panamericanas y mundiales**

Hasta la fecha se han realizado XVII Jornadas Iberoamericanas,<sup>8</sup> y XI Congresos Internacionales de Derecho Procesal, además de Jornadas o Encuentros Panamericanos celebrados anualmente. No es el momento de referirnos a las distintas sedes, fechas y temáticas de cada uno de ellos. Para los efectos que aquí interesa, cabe mencionar que también la enseñanza del derecho procesal ha sido preocupación permanente de los procesalistas a nivel mundial. Y precisamente la idea de realizar este curso para profesores de derecho procesal tuvo su origen con motivo de una serie de reflexiones derivadas de las Jornadas de Derecho Procesal celebradas en 1998 en la ciudad de Brasilia, Brasil, y especialmente de la ponencia del procesalista chileno Raúl Tavolari. La experiencia de este

---

8 Las últimas Jornadas (XVII) se realizaron del 18 al 20 de octubre de 2000, en San José, Costa Rica.

tipo de cursos ha tenido buenos resultados en España y Chile, entre otros países de Iberoamérica.

Otro de los temas interesantes que también ha sido tratado en forma reiterada es el relativo al Código tipo de Procedimientos Civiles para Latinoamérica, destacando los esfuerzos de los procesalistas Enrique Véscovi y Adolfo Gelsi Bidart. En general, los temas de las Jornadas Iberoamericanas y Encuentros Panamericanos tienden a la unificación de la legislación iberoamericana y así se ha trabajado también sobre un Código Procesal Penal Modelo y en una Ley Uniforme de Amparo. Las próximas Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (las XVII), se celebrarán del 18 al 20 de octubre en Costa Rica y el Encuentro o Jornadas Panamericanas que se realizarán en Argentina.

Los tres últimos Congresos Internacionales se han efectuado en Tokio, Japón (1992), Taormina, Italia (1995) y Viena, Austria (1999). Los temas generales en Japón e Italia fueron, respectivamente, "La justicia civil en la era de la globalización" y "Aspectos transnacionales del derecho procesal". En cuanto a este último, cabe hacer énfasis en uno de los temas allí tratado que resulta de suma importancia para México en los próximos años, relativo a "los tribunales supranacionales", ya que recientemente nuestro país reconoció la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica, como ya lo han hecho la mayoría de los países americanos (excepto Estados Unidos y Brasil), por lo que puede pensarse ya en una especie de amparo internacional.

El último Congreso Internacional de Derecho Procesal se efectuó en el mes de agosto (del 23 al 28) en la ciudad de Viena, Austria, con la participación de 273 profesores provenientes de 40 países de América, Europa, África y Oceanía. Las ponencias y conferencias versaron sobre: el proceso como motor del desarrollo social; el centenario del código austriaco de procedimientos civiles; tendencias recientes en las reformas procesales civiles; los procesos civiles sin fronteras: hacia la armonización y unificación de las leyes procesales; hacia una economía procesal: reducción en la duración y en los costos de los litigios civiles; el reto de una sociedad informática: aplicación de tecnologías avanzadas en los procedimientos civiles y en otros procedimientos; tendencias recientes en la posición de los jueces; tendencias recientes en la posición de los



abogados; y la formación jurídica y los litigios civiles en una sociedad cambiante y conflictiva. En la clausura se anunció que el próximo Congreso Mundial se efectuará en México en el año de 2003.<sup>9</sup>

Al margen de los Congresos, Encuentros y Jornadas nacionales, iberoamericanas, panamericanas y mundiales a que nos hemos referido, periódicamente se organizan otros eventos, como el Simposio sobre “Abuso de los procedimientos” que organizó la Asociación Internacional de Derecho Procesal, en octubre de 1998 en New Orleans, E. U.; o como el Coloquio internacional organizado conjuntamente por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y el Centro de Estudios Latinoamericanos de la Universitá Tor Vergata, con el tema principal relativo a los “procesos de integración y solución de las controversias. Del contencioso entre los Estados a la tutela de los individuos en Europa y América”, que organiza el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, celebrado en Roma del 7 al 9 de septiembre de 1999 (una semana después del Congreso Internacional de Viena).

Además, en el mes de mayo de 1999 se celebraron las X Jornadas Nacionales Uruguayas; en junio las III Jornadas Brasileñas; y del 6 al 9 de octubre de ese mismo año, se celebró el XX Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, con sede en San Martín de los Andes. Y recientemente se realizó otro Coloquio en Gante, Bélgica (25-28 abril de 2000), organizado por el propio Instituto de Derecho Procesal Internacional.<sup>10</sup>

---

9 Véase un breve resumen de las ponencias y conferencias del Congreso de Viena, así como las palabras del Dr. Cipriano Gómez Lara, que en representación del Instituto Mexicano de Derecho Procesal, presidido por el Dr. Gonzalo Armienta Calderón, invita formalmente al Instituto Internacional de Derecho Procesal, para participar en la preparación y realización del XII Congreso Mundial de Derecho Procesal en México, en *Cuadernos Procesales*, México, Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, año III, noviembre de 1999, núm. 6, pp. 36-42.

10 Cfr. la reseña del coloquio de Gante, por Cipriano GÓMEZ LARA, en *Cuadernos Procesales*, México, Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, 2000, año IV, núm. 7.

### III. PODER JUDICIAL Y DERECHO PROCESAL

En los últimos años la preocupación de los juristas por la impartición de justicia ha alcanzado dimensiones universales.<sup>11</sup> Especialmente en los países latinoamericanos la revisión permanente a esta temática se ha convertido en una genuina necesidad social, motivando transformaciones significativas en sus poderes judiciales.<sup>12</sup>

#### A) *Unidad o diversidad de jurisdicción*

El principio de unidad de jurisdicción se ha seguido por varios Estados democráticos. Esta tendencia consiste en que todos los órganos de impartición de justicia pertenezcan al Poder Judicial, al considerar que la función jurisdiccional originaria necesariamente debe ser ejercida por este poder del Estado. Bajo esta óptica ningún otro poder, institución o persona puede realizar funciones jurisdiccionales. Este principio descansa en las ideas de división de poderes de Montesquieu, de tal forma que quien elabora las leyes le quede prohibido su ejecución e interpretación, quien las ejecuta no pueda hacerlas ni juzgar sobre ellas, y quien las interpreta y juzga no deba hacerlas ni ejecutarlas. En la práctica esto resulta difícil. Incluso hoy se dice por los constitucionalistas de que dicha división tripartita de poderes en sentido puro se encuentra en crisis (por ejemplo, con la creación de los tribunales constitucionales europeos se sostiene la existencia de un cuarto poder: poder constitucional).

Frente a esta unidad de la jurisdicción existe la tendencia contraria, teniendo como fundamento la juridización del Estado. La administración tiende a ser cada vez más amplia, lo que originó que también actuara en el ámbito de la impartición de justicia, a través de organismos administrativos que se han denominado tribunales administrativos o no judiciales. Si bien la doctrina y jurisprudencia de los países latinoamericanos han reconocido su función jurisdiccional, también han sido criticados por la doctrina,<sup>13</sup> en tanto que debilitan el concepto de la verdadera y propia

11 Véase, por ejemplo, la obra colectiva *Judicial systems in a period of transition*, Alemania, Consejo de Europa, 1997.

12 Para una visualización de esta temática, véase la obra colectiva: *Administración de Justicia en Iberoamérica* (coord. José Ovalle Favela), México, UNAM, 1993.

13 Cfr. DE LA RÚA, Fernando, *Teoría general del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1991, pp. 31 y ss.

función jurisdiccional, al equiparar a estos órganos administrativos con una función idéntica a los realizados por los genuinos jueces y órganos del Poder Judicial.

En un análisis en retrospectiva, se puede afirmar que México ha seguido paulatinamente la segunda tendencia. La Constitución de 1917, en su texto original, establecía implícitamente la unidad de jurisdicción, al establecer el principio de división de poderes y atribuir el ejercicio de la función jurisdiccional exclusivamente al Poder Judicial de la Federación y a los poderes judiciales de las entidades federativas con dos excepciones: los tribunales militares (art. 13) y las Juntas de Conciliación y Arbitraje (art. 123, fracciones XX y XXI). A pesar de ello, la tendencia ha sido a la creación de tribunales fuera del Poder Judicial y dentro del Ejecutivo, entre los que figuran: el Tribunal Fiscal de la Federación (1936); el Tribunal de Arbitraje (1938), que posteriormente se convirtió en Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje; el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal (1971); el Tribunal de lo Contencioso Electoral (1988), posteriormente Tribunal Federal Electoral –actualmente Tribunal Electoral del Poder Judicial Federal (1996)–; el Tribunal Superior Agrario y los tribunales unitarios agrarios (1992); así como los distintos tribunales administrativos, fiscales y burocráticos creados en los estados, como también los consejos tutelares para menores, tribunales de conciliación y arbitraje, y tribunales electorales locales.<sup>14</sup>

Bajo esta tendencia diversificante de jurisdicción, debe cuestionarse si estos tribunales dependientes del Poder Ejecutivo han cumplido cabalmente sus funciones, y si convendría, no sólo desde la óptica doctrinal sino práctica, volver a la idea original del texto constitucional de 1917 y así encontrarnos en posibilidad de discernir respecto a una impartición de justicia uniforme y con principios comunes.<sup>15</sup> La creación constante de tribunales fuera del Poder Judicial y dentro del Poder Ejecutivo es una

---

14 Sobre los distintos tribunales no judiciales de los estados, véase FIX-ZAMUDIO, Héctor y COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *El Poder Judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.; y OVALLE FAVELA, José, “El derecho procesal mexicano en el siglo XX”, en *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, pp. 501 y ss.

15 La reforma constitucional de 1996, constituye un reflejo del principio de unidad de jurisdicción, al incluir al Tribunal Federal Electoral dentro del Poder Judicial Federal.

contradicción al principio de unidad de jurisdicción. Esta evolución –como afirma Ovalle Favela–<sup>16</sup> a fuerza de agregar constantemente excepciones a la regla, ya resulta difícil determinar si los tribunales judiciales siguen siendo la regla o se han convertido en la excepción. Si bien la mera pertenencia de un tribunal al Poder Judicial no garantiza por sí sola su independencia, también es evidente que la proliferación de tribunales fuera de dicho poder tiende a debilitar a éste, propicia la diversidad y aún la contradicción en los criterios de interpretación jurisprudencial de la ley, distribuye con criterios muy dispares los recursos presupuestales y no contribuye, en definitiva, a asegurar la independencia judicial.

**B) Los intereses supraindividuales o de grupo (difusos y colectivos)<sup>17</sup>**

Por regla general el derecho viene a la retaguardia de la realidad. Los científicos del derecho, legisladores y jueces tienen que realizar una labor armónica y acorde con las transformaciones y demandas de la sociedad, para poder visualizar, captar y alcanzar a la realidad misma para normativizarla.

Esto ha sucedido con la aparición de los derechos humanos que se han denominado de la tercera generación y al margen de los ya existentes derechos civiles y políticos, y de los derechos culturales, sociales y económicos. Entre esta nueva generación de derechos se encuentran, entre otros, el derecho al medio ambiente, el derecho de los consumidores, el derecho al desarrollo, el derecho a la calidad de vida, la libertad informática, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad, el derecho a la paz, etc.

La introducción de esta nueva ola de derechos ha generado múltiples problemas para los juristas, empezando con la aceptación de los mismos como verdaderos derechos autónomos. Como afirma Robert Pelloux, estos derechos

---

16 Cfr. "El derecho procesal mexicano en el siglo XX", op. cit., pp. 501 y ss.

17 Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "Los intereses supraindividuales y el juicio de amparo", en *Admónjus. Revista del Poder Judicial del Estado de Baja California*, Mexicali, diciembre de 1999, vol. III, año 3, núm. 8, pp. 38-46.

no corresponde a la noción de derechos del hombre tal como ha sido elaborada durante siglos de reflexión filosófica y jurídica. Su titular no es el hombre o el individuo, sino una colectividad, a menudo difícil de determinar como nación, pueblo, sociedad, comunidad internacional, lo que les opone a los verdaderos derechos del hombre, no sólo a los derechos estrictamente individuales, sino incluso a los derechos colectivos, que, a menudo, no son más que derechos individuales que se ejercen colectivamente.

Sin embargo, la aceptación de los mismos como derechos autónomos ha sido superada aun cuando todavía se encuentren en fase de formación. Los problemas ahora se presentan en otros campos, como lo es su protección jurisdiccional. De ahí que el acceso a la justicia de los derechos o intereses supraindividuales o de grupo se convirtió en uno de los temas predilectos del procesalismo científico contemporáneo,<sup>18</sup> a partir de las teorías de Mauro Cappelletti expuestas en una famosa conferencia en París en el año de 1975,<sup>19</sup> publicada posteriormente por la Revista Internacional de Derecho Comparado<sup>20</sup> y cuyas ideas fueron traducidas al español en 1977 bajo el título: Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil.<sup>21</sup>

La problemática comienza desde la terminología misma que se utiliza para su identificación. Se utilizan las expresiones: intereses de grupo, intereses colectivos, intereses difusos, intereses sociales, intereses de serie, intereses de sector, intereses de categoría, intereses difundidos o propagados, intereses profesionales, intereses fragmentarios, intereses transpersonales, intereses sin estructura, interessi adespoti (sin dueño,

---

18 Cfr. las múltiples ponencias sobre la protección de los intereses difusos o colectivos presentadas en las *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, celebradas en Cuernavaca en agosto de 1992.

19 El propio CAPPELLETTI reconoce lo "audaz, si no escandalosa" que representó la temática de su conferencia. Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, "La protección de los intereses colectivos o difusos", en *XIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal*, México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1993, pp. 245-258.

20 "La protection d'interêts collectifs et de groupe dans le proces civil (Métamorphoses de la procédure Civile)", en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1975, pp. 571-597.

21 Traducción de Raúl Brañes, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, n.s., año XI, núms. 31-32, enero-agosto de 1978, pp. 1-40.

anónimos), intereses supraindividuales, intereses superindividuales, intereses de clase, intereses dispersos,<sup>22</sup> etc. No sin razón Fairén Guillén sostiene que estos intereses representan un concepto todavía nuevo, incierto y poco unívoco.<sup>23</sup>

La doctrina se inclina, sin embargo, a utilizar como concepto genérico el de intereses de grupo o intereses supraindividuales. Y dentro de esta conceptualización se comprenden los intereses difusos y los intereses colectivos.

Estos últimos deben diferenciarse. La doctrina ha elaborado distintas teorías, basadas en criterios organizativos (Vigoriti), corporativos (Denti), en cuanto al centro de riferimento (Caravita), según el tipo de interés en el campo administrativo o privado (Federici), vínculo jurídico de unión (Barbosa Moreira, Pellegrini), etc. En general, los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio, los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados y circunscritos. Así, los miembros del conglomerado que tienen un interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables. En todo caso, sean difusos o colectivos estos intereses, lo esencial como afirma Cappelletti<sup>24</sup> es que nadie es titular y al mismo tiempo todos los miembros de un grupo o de una categoría determinada son sus titulares. Así sucede, por ejemplo, por lesiones o ataques al medio ambiente, a los consumidores de un determinado producto, al patrimonio artístico o cultural, y a las minorías étnicas y nacionales.

La legislación brasileña ya prevé la distinción entre intereses difusos e intereses colectivos. El artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor (1990) establece:

- 
- 22 En cuanto a la terminología y a los autores que la utilizan, véase BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 59 y ss.
- 23 *Doctrina general del derecho procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, Barcelona, Bosch, 1990, p. 93.
- 24 "Apunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi", en AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del Convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padua, CEDAM, 1976, pp. 191-221.

La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente o a título colectivo.

La defensa colectiva será ejercida cuando se trate de:

I.- Intereses o derechos difusos, así entendidos, para los efectos de este Código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hechos.

II.- Intereses o derechos colectivos, así entendidos, para los efectos de este Código, los supraindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base.

III.- Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los derivados de origen común.

La distinción entre intereses difusos e intereses colectivos no resulta del todo clara. Lo que interesa en realidad es su tutela jurídica, con independencia de su diferenciación doctrinal. Y más aún, no es suficiente el reconocimiento de dichos intereses por la legislación, si no existen los mecanismos procesales adecuados para su protección jurisdiccional. Ya algún procesalista gráficamente lo apuntaba:

Si un consumidor acude a mí en busca de consejo, podría citarle el principio o la ley que le protege. Pero esto no significaría nada, pues casi siempre se demostraría la imposibilidad de acceder a los tribunales (Calais-Auloy).

Y ahí precisamente encontramos el meollo de la cuestión: el acceso a la justicia de estos nuevos intereses. El problema se encuentra íntimamente relacionado con la legitimación *ad causam*, ya que rompe con los esquemas tradicionales de la misma. En la legitimación común u ordinaria, se actúa con base en la titularidad de un derecho subjetivo propio; en la legitimación extraordinaria<sup>25</sup> que acepta la doctrina, se ejercita un derecho de otro en nombre de otro y en beneficio propio; en los intereses de grupo, en cambio, encontramos una legitimación *sui generis*, en tanto que si bien se actúa afirmando la titularidad de un derecho o interés propio, éstos se encuentran confundidos con el resto

---

25 Para una mayor claridad sobre la legitimación ordinaria y la extraordinaria, véase ALMAGRO NOSETTE, José, *Derecho procesal*, Madrid, Trivium, 1995, Tomo I, pp. 404-405.

del conglomerado o grupo, por lo que el reclamo en realidad se hace también a nombre de todos los posibles afectados por un determinado hecho o acto. De ahí la importancia de la acción derivada de este tipo de intereses, pues su actuación trasciende del propio interés para proyectarse en el interés de toda la colectividad o grupo que asume.

Como se advierte, el problema radica en la determinación de los sujetos legitimados activamente para promover acciones relativas a dichos intereses difusos y colectivos. La solución se dirige a dos vertientes, teniendo en cuenta las propuestas en el derecho comparado: la primera –seguida por las legislaciones estadounidense y europea– es la habilitación de nuevos mecanismos procesales, particularmente mediante la atribución de personería a las asociaciones de titulares de intereses difusos; y la segunda, a través de las instituciones procesales ya existentes. Esta última postura es la que predomina en los países latinoamericanos, teniendo en cuenta las siguientes directrices:<sup>26</sup>

1.- Legitimación al Ministerio Público. Si bien para algunos debe excluirse de la legitimación de los intereses difusos y colectivos (Gelsi Bidart<sup>27</sup> y Barrios de Ángelis<sup>28</sup>) al Ministerio Público, no puede perderse de vista que éste tiene la representación social y el interés público inserto en el objeto del proceso, teniendo en cuenta que dichos intereses pertenecen a todo un grupo de la sociedad.

2.- Legitimación a asociaciones o personas en representación de los grupos portadores del interés difuso o colectivo (previa autorización del Ministerio Público). Este tipo de legitimación equivale a las relator actions que se prevén en Inglaterra –y en algunos otros países del common law, como Australia y Nueva Zelanda–; quien ejerce la acción es en realidad el Attorney General (equivalente al Ministerio Público), por

---

26 Cfr., entre otros, FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Los problemas contemporáneos del Poder Judicial*, México, UNAM, 1986, pp. 27-28; (con José Ramón Cossío), *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, op. cit.

27 GELSI BIDART, Adolfo, “El derecho procesal y la protección al consumidor”, en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Montevideo, 1978, núm. 1, pp. 11-25.

28 BARRIOS DE ÁNGELIS, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, Argentina, Depalma, 1983. Este último autor, sin embargo, acepta la legitimación del Ministerio Público, dependiendo de las características del interés difuso en juego y de la sensibilidad funcional (pp. 135-136).



petición de la asociación o particular y si se rehusase, éstos pueden promover con consentimiento del propio Attorney General. Lo que se pretende con este tipo de legitimación es evitar el abuso de demandas frívolas; sin embargo, la discrecionalidad que se otorga al Ministerio Público para que actúe o dé su autorización resulta peligrosa, teniendo en consideración la falta de autonomía de esta institución social en los países latinoamericanos.

3.- Legitimación directa a asociaciones o personas en representación de los intereses difusos y colectivos. Representan a las denominadas class actions estadounidenses. Aquí la legitimación resulta colectiva o de grupo. Se trata de una legitimación intermedia entre la legitimación tradicional y la legitimación abierta de la acción popular. Siguiendo la terminología de Fairén Guillén, se trata del caso de litisconsorcio cuasinecesario, en tanto supone que un grupo de personas identificables o no, se hallan ante un determinado evento jurídico en situación igual de calidad, de modo tal que teniendo todas ellas legitimación para accionar, algunas lo hacen y otras no, pero la resolución les va a afectar a todas esas personas por ser única la relación que existe entre el evento y ellas.<sup>29</sup>

4.- Legitimación al Ombudsman (Comisión de Derechos Humanos). Al igual que la legitimación antes vista otorgada al Ministerio Público, la atribuida a los órganos protectores de los derechos humanos se refiere a una tutela y legitimación pública –en contraposición de la legitimación privada– de los intereses de grupo. En México existe un sector minoritario que apoya la intervención jurisdiccional de las Comisiones de Derechos Humanos (nacional o estatales) y así se pugna, por ejemplo, en otorgarles legitimación para ejercitar la acción constitucional de amparo, como sucede en otros países.<sup>30</sup>

Por otra parte, otro de los problemas que se presenta se refiere a la sentencia que en estos procesos se dicte. Se discute si los efectos de la

---

29 Cfr. FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR, *Estudios de derecho procesal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 143-145.

30 La Constitución española, por ejemplo, le otorga legitimación expresa al *Defensor del Pueblo* (equivalente a la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México) para promover el recurso de amparo (art. 162.1-b)

misma deben ser *erga omnes*. Al respecto resulta significativa la regulación vigente de Uruguay.

La reforma procesal uruguaya en este aspecto, tiene su origen en el Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para América Latina, redactado desde hace décadas por los procesalistas uruguayos Enrique Véscovi y Adolfo Gelsi Bidart (en el que tanto se ha insistido en las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal e incluso en los Congresos Mexicanos).<sup>31</sup> El artículo 153 de dicho anteproyecto prevé los intereses de grupo de la siguiente manera:

Representación en caso de intereses difusos. En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos o en general que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, están legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el ministerio público, cualquier interesado y las instituciones y asociaciones que a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.

Y específicamente el artículo 194 del mismo anteproyecto establece:

Efectos de cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos. La sentencia dictada en procesos promovidos en representación de intereses difusos tendrá eficacia *erga omnes*, salvo si fuera absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso, por otro legitimado.

Estos artículos del Anteproyecto de Código Procesal Civil Modelo para Latinoamérica, fueron reproducidos casi textualmente en los artículos 42 y 220 del Código General del Proceso (Ley Número 15,982) uruguayo de 18 de octubre de 1988, ordenamiento procesal considerado como el más reciente y moderno de Latinoamérica (Fix-Zamudio).<sup>32</sup>

En América Latina el acceso a la justicia de los portadores de intereses de grupo ha tenido especial significación en la tutela de los intereses de

---

31 Cfr., por ejemplo, la ponencia presentada por ENRIQUE VÉSCOVI en el *XI Congreso Mexicano de Derecho Procesal* (celebrado en la ciudad de Durango, del 28 al 31 de mayo de 1986): "Código tipo de Procedimientos Civiles para Latinoamérica".

32 Cfr. *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, op. cit., p. 44.

los consumidores, mediante leyes específicas, como por ejemplo, las leyes de protección y defensa del consumidor de Venezuela (1974), Costa Rica (1975-1982) y México (Ley de Protección al Consumidor de 1975 y la nueva Ley de 1992).

Esta línea de protección de los intereses difusos y colectivos, ha alcanzado también a algunos textos constitucionales latinoamericanos:

1.- La Constitución de Brasil de octubre de 1988 (artículo 5º fracción LXIII) prevé una acción popular y mediante interpretación jurisprudencial de los tribunales brasileños se admitió el ejercicio de dicha acción para la tutela de los intereses de grupos indeterminados relacionados con el medio ambiente, el desarrollo urbano y el patrimonio artístico y cultural.

2.- La Carta Magna de Colombia de julio de 1991, prevé un capítulo denominado De los derechos colectivos y del ambiente (artículos 78-82) y en su artículo 88 otorga un acceso a la justicia importante, al establecer:

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella. También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Asimismo los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

Esta tutela jurisdiccional se complementa con el artículo 89 al señalar que:

Además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas.

3.- Por su parte, el Texto Fundamental de Paraguay de junio de 1992, también prevé una tutela específica en esta materia en su artículo 38:

Del derecho a la defensa de los intereses difusos. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de los otros que por su naturaleza jurídica pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio.

Como hemos visto hasta ahora, el acceso a la justicia de las personas y asociaciones portadores de los intereses de grupo (difusos o colectivos), ha sido preocupación fundamental por el procesalismo científico mundial en los últimos años. Su tutela jurisdiccional se ha implementado en las legislaciones de Estados Unidos, Inglaterra y algunos países de la familia del common law, en Europa continental y en algunos países de América Latina. En México, sin embargo, todavía no se consolida la cultura de la protección de estos intereses. Existen avances importantes, sobre todo en cuanto a medio ambiente y protección al consumidor; y se regulan algunos tipos de acciones de clase, que algunos afirman existe en la legislación electoral.<sup>33</sup>

Queda todavía una magna tarea en el ámbito legislativo. Y más aún en la interpretación de los jueces, que ante falta de regulación expresa son contados los que han abierto el paso franco al acceso a la justicia de estos nuevos derechos o intereses.

Debemos someter a revisión, por ejemplo, el concepto del agravio personal y directo que rige al juicio de amparo mexicano desde el siglo XIX. En algunas otras latitudes, se ha extendido la legitimación en materia de amparo en aras de una tutela jurídica más completa de los derechos humanos y en concordancia con los avances de la ciencia procesal. El artículo 162.1 de la actual Constitución española de 1978 legitima para

---

33 Al respecto CIPRIANO GÓMEZ LARA Y CARLOS ORTIZ MARTÍNEZ se refieren a “una acción de clase en materia electoral federal en México”, al sostener la posibilidad de que varias impugnaciones aisladas tengan un efecto en cascada, que puede ser diferente al que cada recurrente pidió inicialmente, pero que como consecuencia de la acumulación sumatoria puede llegar hasta la anulación de una elección, siempre y cuando se acrediten violaciones en ciertos porcentajes (“Una acción de clase en materia electoral federal en México”, en *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal* (celebradas en agosto de 1992 en Cuernavaca, Morelos), México, UNAM, 1993, pp. 297-305).

promover el recurso de amparo a cualquier persona física o moral que invoque un interés legítimo y con base en este interés legítimo el Tribunal Constitucional español ha legitimado a asociaciones o grupos sociales –incluso sin personalidad jurídica– cuando actúan en defensa del derecho fundamental de alguno de sus miembros, pues se ha considerado que los entes de tales colectividades “están imbricados con los de las personas que lo integran”.<sup>34</sup> Similar criterio se adoptó previamente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>35</sup>

En América Latina, deben destacarse los esfuerzos de la doctrina para incluir vía amparo la protección de los intereses de grupo;<sup>36</sup> y sobre todo a la Constitución brasileña de 1988 que incorporó el mandato de segurança colectivo (“mandamiento de seguridad” equivalente al juicio de amparo), así como también la Constitución Argentina,<sup>37</sup> lo que nos conduce a reflexionar sobre la posibilidad de ampliar la legitimación e introducir, al margen del existente juicio de amparo social (en materia agraria), el que podríamos denominar juicio de amparo colectivo, para aquellas colectividades o grupos no asociados portadores de un interés difuso o colectivo.<sup>38</sup> Los jueces de Distrito en México, si bien no han tutelado vía amparo estos intereses, don Lucio Cabrera Acevedo<sup>39</sup> y don Genaro Góngora Pimentel,<sup>40</sup> nos proporcionan ejemplos de juzgadores

34 Sentencia del Tribunal Constitucional español número 180/1988, de 11 de octubre.

35 Sentencia de 27 de octubre de 1975 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos “Sindicato Nacional de la Policía Belga” y “Sindicato Sueco de Maquinistas”.

36 Cfr. GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El derecho de amparo*, 2da. ed., Buenos Aires, Depalma, 1998, pp. 203 y ss.

37 La Constitución Nacional Argentina al referirse al amparo introdujo un segundo párrafo que dice: “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.

38 Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España. Estudio de derecho comparado*, México, Porrúa, 2000, p. 237.

39 CABRERA ACEVEDO, Lucio, “La tutela de los intereses colectivos o difusos”, en *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1993, pp. 211-243, en pp. 224-226.

40 GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *La suspensión en materia administrativa*, 4ª ed., México, Porrúa, 1998.

constitucionales que han protegido los intereses difusos y colectivos. Ahora que se está elaborando un Anteproyecto de una Nueva Ley de Amparo (que abroge la actual de 1936) es el momento oportuno para reflexionar en su incorporación definitiva y revisar otros principios que han regido a nuestra máxima institución procesal como el relativo a la relatividad de las sentencias de amparo o fórmula Otero, ya que “existe un consenso esencial en la doctrina jurídica mexicana pero también en los distintos sectores sociales y políticos, de que se requiere una renovación profunda de nuestro ordenamiento en cuanto a la regulación del juicio de amparo”(Fix-Zamudio).<sup>41</sup>

Por último, debe resaltarse que recientemente se adicionó un párrafo quinto al artículo 4º constitucional que dice: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar” (lo cual implica el derecho a una calidad de vida y el derecho al medio ambiente, relacionados directamente con los intereses difusos).

### **C) El concepto de acción procesal<sup>42</sup>**

Sobre los tres conceptos fundamentales de la ciencia procesal, que Podetti se refería como trilogía estructural del proceso, gráficamente Alcalá-Zamora y Castillo decía que del proceso sabemos dónde está pero no lo que es; de la jurisdicción conocemos lo que es pero no dónde está; y de la acción ignoramos ambas: lo que es y dónde está. Sin duda, esta última categoría fundamental –la acción– es la que más debates y polémica ha generado entre los procesalistas, y tal vez debido a que en su propia naturaleza jurídica se encontró el germen del nacimiento de la Ciencia procesal como disciplina autónoma.

La conceptualización jurídica de la acción ha variado desde su aparición en el derecho romano. En el último siglo esta institución ha sido preocupación permanente de los juristas, lo cual ha motivado el

---

41 Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Prólogo” a la obra de FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *La acción constitucional de amparo en México y España*, México, Porrúa, 2000, p. XVIII.

42 Cfr. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Sobre la naturaleza jurídica de la acción”, en *Cuadernos Procesales*, México, Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la UNAM, 1999, año III, núm. 5, pp. 1-9.

surgimiento de la moderna Ciencia procesal, al lograrse la escisión de la misma del derecho subjetivo material. Sin embargo, su problemática queda todavía latente. A tal extremo, que en la actualidad son notables las divergencias entre las diversas teorías que tratan de explicar el fenómeno que nos ocupa. Con razón Calamandrei, con tintes poéticos decía que “las teorías sobre la acción como las noches de la leyenda, son mil y una y todas maravillosas”.

Este verdadero rompecabezas del derecho procesal, se debe, en gran medida, a las diversas connotaciones que, dentro y fuera del ámbito jurídico, le atribuyen al vocablo “acción”. En este sentido Pekelis<sup>43</sup> se refiere a más de una docena de acepciones.

No es el momento de referirnos a la evolución histórica de este concepto fundamental. Baste sólo decir que la concepción romanística –en donde a cada *actio* le correspondía un derecho– comprendida en la conocida definición del jurisconsulto Celso: *Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicis persequendi*, que pasara con una ligera modificación a las Instituciones de Justiniano: “Mas la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe”, se prolongó hasta mediados del siglo XIX.

Pasando por la concepción civilista de la acción, encabezada principalmente por Savigni y sus seguidores en Italia (Matiolo, Galante, Pescatore etc.), cuya concepción de la acción la hacían depender todavía del derecho subjetivo material, considerándola como “el derecho mismo en pie de guerra”, llegamos a la famosa polémica entre Windscheid y Muther (1856-57) en la que se confrontó la *actio* romana con la *Klage* germánica. Como ya dijimos con anterioridad, esta polémica y la famosa obra de Bülow (Teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales. 1868) marcan el inicio de la moderna Ciencia procesal, al lograrse la escisión de la acción del derecho sustantivo. Acontecimiento que también da lugar al comienzo de la etapa del procesalismo científico que prevalece hasta la actualidad.

---

43 PEKELIS , Alejandro, voz “Azione”, en *Novissimo digesto italiano*, Turín, Unione Ripografico-Editrice Torinese, 1937, tomo II, pp. 91 y ss. (existe trad. Al español por Santiago Sentís Melendo, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, año VI, 1948, pp. 157 y ss.

Una vez superadas las doctrinas privatistas, la doctrina dominante coincide en sistematizar las teorías publicistas en dos grandes grupos: teoría abstracta y teoría concreta, al margen de aquella corriente que trata de evidenciar “la relatividad del concepto de acción” (Calamandrei) o de las que adoptan una posición ecléctica (Liebman, Sierra Domínguez, etc.).

En general, en latinoamérica predomina la teoría de la acción como derecho abstracto de obrar, es decir, aquella concepción de la acción como derecho, poder, facultad o posibilidad, de carácter abstracto, dirigida contra, frente o hacia el Estado, para provocar la actividad jurisdiccional, con independencia del resultado de la sentencia.

En contraposición a esta teoría, en las últimas décadas ha resurgido la conceptualización de la acción como derecho concreto de obrar, teniendo como fundamento las ideas de Adolfo Wach sobre la pretensión de tutela jurídica, y las de Giuseppe Chiovenda –iniciadas en su famosa prolucción leída en la Universidad de Bolonia en 1903 sobre La acción en el sistema de los derechos–, corriente que ha tenido importantes seguidores en diferentes épocas (Goldschmidt, Weismann, Hellwig, Redenti, etc. y de cierta forma Calamandrei).<sup>44</sup>

Así sucede en España, en donde existe una verdadera escuela de procesalistas que se inclinan por la teoría concreta de la acción. Esta corriente resurgió con De Miguel y Romero y De Miguel y Alonso,<sup>45</sup> pero sobre todo con Emilio Gómez Orbaneja<sup>46</sup> y Andrés de la Oliva<sup>47</sup> (que actualmente encabeza a esta escuela de procesalistas).<sup>48</sup>

44 Si bien Piero CALAMANDREI se inclina por la “relatividad del concepto de acción”, no debe perderse de vista que él mismo reconocía la teoría concreta de la acción como la más adecuada al proceso civil italiano, como lo señala en su obra *Instituciones de derecho procesal civil* (traducción de la segunda ed. italiana por Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1962, tomo I, p. 256).

45 Cfr. DE MIGUEL Y ROMERO, Mauro, y DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos, *Derecho procesal práctico*, 11 ed., Barcelona, Bosch, 1967 tomo I, pp. 42 y 45.

46 Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, Emilio (con Vicente Herce Quemada), *Derecho procesal civil*, 8va. ed., Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1979, vol. I, pp. 227-234).

47 Cfr., entre otros, su obra que trata específicamente la naturaleza de la acción: *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la administración de justicia: derechos básicos*, Barcelona, Bosch, 1980.

48 El considerado padre de esta escuela de procesalistas es Jorge CARRERA LLANSANA, que sin dejar prácticamente obra científica, a través de sus enseñanzas formó a importantes procesalistas (Eduardo GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Andrés DE LA OLIVA, Faustino CORDÓN MORENO, Ángel BONET NAVARRO, etc.).



En México, la mayoría de procesalistas sigue la teoría abstracta de la acción, debido, probablemente, a la honda escuela creada por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo –a quien tanto debe el procesalismo científico mexicano– (Fix-Zamudio, Briseño Sierra, García Ramírez, Gómez Lara, Flores García, Ovalle Favela, etc.). De ahí que en nuestro país no ha existido un debate científico serio sobre la naturaleza jurídica de la acción, y si dicho debate y confrontación de ideas no se realiza con uno de los conceptos fundamentales de la ciencia procesal, cabe reflexionar si puede darse con respecto a otras categorías procesales que se deriven del tradicional concepto de acción. Debe mencionarse, sin embargo, como una aportación importante al tema, la teoría de la acción como instancia proyectiva de Humberto Briseño Sierra, que si bien desarrolla bajo el prisma abstracto le imprime un matiz propio y novedoso.

#### ***D) Política judicial y órgano de administración del poder judicial***

La reforma judicial de 1994 constituye la más importante de los últimos años. La reforma constitucional comprendió 27 artículos sustantivos y 12 transitorios. Los aspectos más significativos en torno al poder judicial podemos sintetizarlos en:

- 1.- Nueva integración de la Suprema Corte, de veintiséis ministros se redujo a once.<sup>49</sup>
- 2.- Un nuevo mecanismo de designación de los ministros (mediante ternas propuestas por el presidente de la República al Senado).
- 3.- La creación del Consejo de la Judicatura Federal y del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal.
- 4.- Nuevos requisitos para ocupar el cargo de ministro (se suprime la edad de retiro forzoso, se reduce la residencia en el país de cinco a dos, impedimento a quienes hayan desempeñado cargos públicos relevantes durante el año previo al de su nombramiento).
- 5.- La duración del cargo de ministro se limitó a quince años.
- 6.- La implantación de la carrera judicial.

---

49 Sólo dos ministros de la última integración de la Suprema Corte conformaron la nueva composición (Ministros Mariano Azuela Güitrón y Juan Díaz Romero).

7.- Nuevos mecanismos de control constitucional de competencia de la Suprema Corte, mediante la incorporación de la acción de inconstitucionalidad y la revitalización de las controversias constitucionales.

La creación de los Consejos de la Judicatura Federal y del Distrito Federal –que tuvieron como inspiración clara al Consejo General del Poder Judicial español–, como órganos de gobierno y administración del poder judicial, significó un avance considerable, aunque hubiese sido deseable la realización de foros de consulta a las escuelas y facultades de derecho, institutos de investigación y barras de abogados. La reforma no dio pauta a ningún tipo de reflexión, pues de la presentación de la iniciativa por parte del Ejecutivo federal al Senado (5-diciembre-1994) a la publicación de las reformas en el Diario Oficial de la Federación (31-diciembre-1994) transcurrió menos de un mes.

A pesar de la premura en su creación, la idea de crear órganos técnicos especializados en el gobierno y administración del poder judicial se remonta al año de 1966. En el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Zacatecas) se acordó la propuesta de la creación del Consejo Supremo Judicial.<sup>50</sup>

Una de las competencias más importantes de los Consejos de la Judicatura es la designación, ascensos, adscripción, capacitación y formación de los integrantes del poder judicial. A cinco años de funcionamiento del Consejo de la Judicatura Federal, se han realizado varios concursos internos de oposición para la designación de magistrados de Circuito y jueces de Distrito. Recientemente (2000), por primera vez, se efectuó un concurso abierto de oposición para la designación de jueces de Distrito.

Otra competencia importante se centra en la disciplina y vigilancia. Y aquí nos introducimos a una parcela de nuestra disciplina muy poco tratada y que podríamos denominar como auditoría procesal, y que bien pueden servir como parámetros las líneas apenas visibles de lo que se ha llamado la auditoría jurídica.<sup>51</sup> En cuanto a los estados de la República

---

50 Cfr. FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Organismo judicial y Ministerio Público", en *Las experiencias del proceso político constitucional en México y España*, México, UNAM, 1979, p. 329.

51 CHARRY, Héctor P.O., *Auditoría jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

mexicana, se han incorporado también consejos locales, algunos dentro y otros fuera de la estructura del Poder Judicial.

Las reformas a los artículos 94, 97, 100 y 107 constitucionales, aprobadas el 11 de junio de 1999, representan importantes cambios en la composición del Consejo de la Judicatura Federal y en la distribución competencial del Poder Judicial Federal. Conforme al artículo segundo transitorio del Decreto de reformas, los Consejeros concluyeron sus funciones a la entrada en vigor del mismo, es decir, el 12 de junio de 1999 (excepto el presidente de la Suprema Corte que también lo es del Consejo). Así, se nombraron a los nuevos consejeros: dos por parte del Senado de la República, uno por el Ejecutivo Federal y tres por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia.<sup>52</sup>

### **E) La Suprema Corte de Justicia como tribunal constitucional**

Existe un acercamiento cada vez mayor entre los dos principales sistemas de control constitucional (americano o difuso y europeo o concentrado). Este fenómeno se puede apreciar, en general, con la creación de salas, cortes o tribunales constitucionales en países americanos: Bolivia, (1994), Chile (1970, 1980), Colombia (1991), Costa Rica (1989), Ecuador (1993), El Salvador (1983,1991), Guatemala (1965, 1985), Paraguay (1992), Perú (1993) y Venezuela (1999).

En México, si bien se adopta un sistema mixto, a partir de las reformas constitucionales y legales de 1988 se advierte un claro acercamiento hacia el modelo europeo o austríaco. Desde esa fecha el control de legalidad pasa a los Tribunales Colegiados, reservando la Suprema Corte el control de la constitucionalidad de las leyes y los actos de autoridad a través del juicio de amparo, convirtiéndose materialmente en un tribunal constitucional, a semejanza de los existentes en Europa continental.

Este acercamiento al modelo europeo se patentiza aún más mediante las reformas constitucionales del 31 de diciembre de 1994 al: a) reducir el número de integrantes de la Suprema Corte de Justicia a once –de los

---

52 Hay quienes han calificado estas reformas al Consejo de la Judicatura como “contrarreformas”. Véanse, entre otros, las críticas de José Ramón Cossío, Periódico *Reforma*, lunes 3 de mayo de 1999, página 2A.

veintiséis que existían—; b) suprimir la inamovilidad de sus miembros al establecer un período de quince años; y c) incorporar por vez primera una acción abstracta de inconstitucionalidad. Todo lo anterior marca la tendencia hacia los tribunales constitucionales europeos (cuyos miembros varían entre nueve y dieciséis, son electos por períodos determinados y conocen de la acción de inconstitucionalidad de leyes).

Las reformas constitucionales del 11 de junio de 1999 confirma esta tendencia al establecerse en el artículo 94, párrafo séptimo, la facultad del Pleno del más Alto Tribunal de expedir acuerdos generales a fin de “remitir a los Tribunales Colegiados de Circuito, para mayor prontitud en el despacho de los asuntos, aquéllos en los que hubiera establecido jurisprudencia o los que, conforme a los referidos acuerdos, la propia Corte determine para una mejor impartición de justicia”. Y la fracción IX del artículo 107 señala que las resoluciones que se dicten en materia de amparo directo por los Tribunales Colegiados no admiten recurso alguno, excepto los casos en que decidan sobre la inconstitucionalidad de una ley o establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución y a juicio de la Suprema Corte y conforme a acuerdos generales, entrañe la fijación de un criterio de importancia y trascendencia. Sólo en este caso procederá el recurso de revisión, limitándose la materia del recurso exclusivamente a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales. Como se advierte, en este último supuesto de amparo directo, se deja a la Corte la facultad discrecional para conocer del recurso de revisión, a semejanza del writ of certiorari estadounidense. En cambio, en el amparo indirecto, cuando decida la Corte que no es necesaria su intervención se remitirá al Tribunal Colegiado correspondiente. A través de dichos acuerdos generales<sup>53</sup> podrán remitirse también los conflictos competenciales, excepto los que se susciten entre los Tribunales Colegiados de Circuito.

El espíritu de estas reformas es claro: “fortalecer a la Suprema Corte en su carácter de tribunal constitucional”, como textualmente señala la exposición de motivos del proyecto de Decreto que el presidente de la República envió al Senado como Cámara de origen.

---

53 Estos Acuerdos del Tribunal en Pleno son los números 5 y 6/1999, publicados en el Diario Oficial de la Federación del 22 y 23 de junio de 1999, respectivamente.

#### IV. JUSTICIA ALTERNATIVA PARA LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

Litigio es el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro, según la definición tradicional de Carnelutti. Existen diversas formas de solucionar los litigios, que suelen clasificarse en tres: la autotutela, autodefensa o autoayuda,<sup>54</sup> la autocomposición<sup>55</sup> y la heterocomposición.

Dejando a un lado las dos primeras que en realidad no implican jurisdicción,<sup>56</sup> centramos nuestra atención en la forma heterocompositiva de solución de litigios, en la que un tercero imparcial y ajeno a la litis proporciona la solución del conflicto. Naturalmente, la figura heterocompositiva más representativa y evolucionada es el proceso jurisdiccional, en el que interviene un juzgador del Estado para la solución de la controversia. El proceso representa, en palabras de Carnelutti: “la justa composición del litigio”.

Sin embargo, es denominador común tanto en países europeos como americanos la saturación de los tribunales, lo que ocasiona en no pocas ocasiones el dictado de la sentencia fuera de los términos constitucionales y legales. La demora exagerada en la resolución de los procesos repercute directamente en el valor justicia, lo cual se traduce también en violación al derecho fundamental de una impartición de justicia pronta, expedita e imparcial que consagra el artículo 17 de nuestra Carta Magna. Justicia tardía se convierte así en justicia denegada.

---

54 En el derecho positivo mexicano subsisten algunas formas de autotutela. En materia penal: la legítima defensa, aborto por violación o el terapéutico, el robo de famélico; en materia civil: la retención de equipaje, corte de ramas y raíces provenientes del predio contiguo, derecho sancionador de los padres, y persecución de animales o enjambres de abejas propios en predio ajeno; en materia del trabajo: el derecho de huelga; y en el derecho de navegación: la echazón. Se han considerado también como formas de autotutela a la guerra y a la revolución. Cf. GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general del proceso*, 9ª ed., México, Harla, 1996, pp. 9 y ss.

55 El desistimiento, el allanamiento y la transacción. Sobre estas formas autocompositivas, véase OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, 4ª ed., México, Harla, 1996, pp. 16-24.

56 Niceto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO estudió con profundidad la autotutela y la autocomposición como formas de solución de los litigios, en su obra ya clásica en la literatura procesal mexicana: *Proceso, autocomposición y autodefensa. Contribución al estudio de los fines del proceso*, México, UNAM, 1970.

Es necesario, por consiguiente, que los particulares busquen otras alternativas para la solución de sus litigios. Y de ahí la importancia que en los últimos años han cobrado otras formas heterocompositivas, como son el arbitraje, la conciliación, la mediación, y las instancias ante organismos que funcionan como ombudsman, que Carnelutti calificó como “equivalentes jurisdiccionales”.<sup>57</sup>

### **A) El arbitraje**

Por su importancia, desarrollo y eficacia, se considera en la actualidad el sistema de justicia alternativa por excelencia. El arbitraje es una forma heterocompositiva de solución de conflictos dada por un tercero imparcial, denominado árbitro, con fuerza vinculativa para las partes. La resolución se denomina laudo, pudiendo ser homologado ante la autoridad jurisdiccional (artículo 632 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal). Hay ocasiones, incluso, que la propia legislación equipara dicho laudo con la sentencia, como sucede con la Cooperación Procesal Internacional (artículos 605-608 del mismo Código).

Para que pueda producirse el arbitraje se requiere la voluntad expresa de las partes, que pueden externar de tres maneras distintas: a través de la cláusula compromisoria, del compromiso arbitral, o del contrato de arbitraje.

El primero tiene lugar como medida precautoria para el arreglo de diferencias futuras, constituyendo parte de un contrato.

En el segundo, las partes pactan someterse al arbitraje una vez suscitada la controversia entre ellas; Pallares sobre este compromiso arbitral en su Diccionario de derecho procesal civil, lo define como el contrato, consensual, formal, bilateral, a título oneroso y conmutativo, por el cual las partes se obligan: 1º. A no acudir a los tribunales para la decisión de un litigio que tienen pendiente; 2º. Someten dicho litigio al conocimiento y decisión de uno o varios árbitros; 3º. Estipulan la forma de tramitar el

---

57 CARNELUTTI utiliza la expresión “equivalentes jurisdiccionales” para referirse al proceso extranjero; proceso eclesiástico; la autocomposición; la composición procesal; la conciliación; y el arbitraje. Sin embargo, debe cuestionarse si en éstos, sobre todo en el proceso extranjero, eclesiástico y en el arbitraje, no se realiza una verdadera jurisdicción.

juicio arbitral; 4º. Fijan sanciones para el caso de que alguno de los contratantes no cumpla lo convenido; 5º. Nombran jueces árbitros o determinan la manera de designarlos; y 6º. Precisan el lugar en que ha de seguirse el juicio arbitral y su duración.

Y el contrato de arbitraje, consiste en el acuerdo de voluntades que celebran las propias partes en conflicto y el árbitro, en el que se estipulan las obligaciones y derechos de éstos, sus honorarios, el plazo en que se deberá de resolver, etc., así como las reglas que deberán seguirse, pudiendo ser el derecho mismo o reglas propias al caso. Dependiendo de unas y otras, el arbitraje será de equidad (artículo 619 del Código de procedimientos Civiles del Distrito Federal) o de derecho.

No todas las materias pueden ser objeto de arbitraje. El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal (artículos 609 y 615) acepta la figura del arbitraje, excluyendo, sin embargo, ciertos negocios: el derecho de recibir alimentos, los divorcios (excepto lo relativo a los bienes y diferencias pecuniarias), las acciones de nulidad de matrimonio, y las relativas al estado civil de las personas.

La facultad de las partes de nombrar árbitros se extiende también a ciertas dependencias gubernamentales. En estos casos, la ley expresamente prevé la posibilidad de algunos órganos de fungir como árbitros. Así sucede con la Procuraduría Federal del Consumidor (art. 117 de la Ley Federal de Protección al Consumidor); la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (artículo 120 de la Ley de Instituciones de Crédito) y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (artículo 135 de la Ley General de Instituciones de Seguros y 93-93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas). El problema que se presente en estos casos es en el cumplimiento del laudo, pues dichos órganos no pueden actuar utilizando sus facultades de imperio, por lo que deberán solicitar, en su caso, la intervención de los tribunales jurisdiccionales del Estado.

Existen algunos tribunales como las Juntas Locales o Federales de Conciliación y Arbitraje que pudieran causar algún tipo de confusión por su denominación; sin embargo, estos órganos públicos representan verdaderos tribunales en donde se tramitan procesos jurisdiccionales que nada tienen que ver con el arbitraje tradicional.

El arbitraje ha tenido gran desarrollo en el plano internacional, sobre todo en materia mercantil. Al respecto, existen varios organismos

de arbitraje como lo son: la American Arbitration Association (AAA); la Corte Internacional de Arbitraje (CIA); conocida también como Cámara Internacional de Comercio (CIC); el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI); Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL); la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), la Comisión Económica para Europa; la Corte Permanente de Arbitraje Internacional (la Haya, Holanda); el Centro de Arbitraje y Mediación para las Américas (CAMCA); además de los paneles relativos al Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Canadá y México. Debe destacarse la actividad académica que emprenden estos organismos, al convocar periódicamente a estudios que tienden al fortalecimiento y conocimiento del arbitraje internacional.

En México también se han creado organismos de arbitraje, relacionados algunos con los existentes a nivel internacional: Cámara Nacional de Comercio (CANACO) (sección de la CIAC); Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (CAMECIC), perteneciente a la Corte Internacional de Arbitraje; Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial (AMMAC); y el Centro de Arbitraje Médico.<sup>58</sup>

### **B) Conciliación y mediación**

La conciliación es el acuerdo o avenencia de las partes en conflicto que, mediante renuncia, allanamiento o transacción, hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio futuro (Couture). El tercero ajeno a la litis asume el papel de conciliador, sugiriendo alternativas y fórmulas concretas para que logren llegar a un acuerdo las partes en conflicto.

Además de la conciliación judicial o intraprocesal que tiene lugar en algunos juicios de orden familiar y de trabajo (audiencias previas de conciliación y avenimiento), en nuestro ordenamiento existe la posibilidad de la conciliación extrajudicial o preprocesal a través de procedimientos

---

58 Cfr. SILVA, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial internacional en México*, México, Pereznieta Editores, 1994; PAGANONI O'DONOHUE, Puebla, OGS Editores, 1997; y los recientes trabajos de CONTRERAS VACA, FRANCISCO JOSÉ, *Derecho internacional privado*, 3ª. ed., México, Oxford University Press, 1998; y URIBARRI CARPINTERO, Gonzalo, *El arbitraje en México*, México, Oxford University Press, 1999.



que se prevén ante ciertos organismos: Procuraduría Federal del Consumidor (artículo 24, fracción XVI de la Ley Federal de Protección al Consumidor); Comisión Nacional Bancaria y de Valores (artículo 4, fracción X de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; y la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (artículos 135 de la Ley General de Instituciones de Seguros y 93 bis de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas).

La mediación, en cambio, implica una actitud más pasiva del tercero ajeno a la disputa (mediador), limitando su función a propiciar las condiciones necesarias para que las partes en litigio puedan llegar a acuerdos. Se utiliza a nivel internacional para iniciar diálogos encaminados a negociaciones, lo que se conoce como “los buenos oficios”.

Como se puede apreciar, en realidad estas formas de solución de controversias representan figuras intermedias entre las puras de autocomposición y de heterocomposición, ya que si bien existe la intervención de un tercero (mediador o conciliador), es la voluntad de las partes la que prevalece para resolver el litigio.

### ***C) Organismos con funciones de Ombudsman***

Los antecedentes en México de esta institución de origen escandinavo se encuentran en las siguientes instituciones: 1.- la Procuraduría Federal del Consumidor en 1976, en cuanto a prácticas que lesionasen intereses del consumidor (artículo 24, fracción XIX de la Ley Federal de Protección al Consumidor); 2.- la Defensoría de los Derechos Universitarios (1985), respecto de las reclamaciones de estudiantes y personal académico; 3.- la Procuraduría Social del Distrito Federal (1989), respecto de reclamaciones de particulares por autoridades de dicha entidad; y 4.- la Comisión Nacional de Derechos Humanos, creada en 1990 y elevada a rango constitucional en 1992, mediante la creación de un apartado B al artículo 102. En este mismo precepto se faculta a las legislaturas locales para crear organismos estatales. Estos organismos reciben quejas de los particulares por violaciones de las autoridades a los derechos humanos, encontrándose facultadas para realizar investigaciones, procurar la conciliación entre el particular quejoso y la autoridad respectiva, y formular recomendaciones públicas no vinculatorias. Se exceptúan de

la competencia de dichas Comisiones a las autoridades y servidores públicos pertenecientes al Poder Judicial.<sup>59</sup>

## **V. INFORMÁTICA JURÍDICA, INTERNET Y DERECHO PROCESAL**

Informática es la ciencia que estudia la información y su tratamiento. Relacionándolo con el derecho, si bien se han utilizado términos como los de “jurimetría” (Loevinger) o “iuscibernética” (Losano), la mayoría se inclina por la expresión informática jurídica. Y ésta se puede dividir en: informática documental, informática de gestión, e informática decisoria.

### **A) Informática documental**

Se refiere a todo lo relativo al almacenamiento y procesamiento de datos, lo cual en términos de espacio físico y búsqueda de información resultan hoy día más que ventaja, una necesidad. En esta materia se ha observado un auge en nuestro país, a raíz de los discos compactos que han elaborado distintos organismos públicos como la Suprema Corte de Justicia, el Congreso de la Unión, el Archivo General de la Nación, así como instituciones privadas. Así se ha logrado la compilación en discos compactos o en páginas web de prácticamente toda la jurisprudencia y tesis relevantes del Pleno y Salas de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados de Circuito; o de la legislación federal o estatal, de los tratados internacionales, legislación internacional, bibliotecas jurídicas de todo el mundo, librerías especializadas, etc. Esto permite un avance importante al derecho en general, pues ahorra el tiempo que uno emplearía en buscar información y sobre todo permite la especialización de la información.

### **B) Informática jurídica de gestión**

Resulta difícil en la actualidad concebir algún despacho de abogados, notaría pública o tribunal sin contar por lo menos con una computadora, que facilite el trabajo: las demandas y escritos, las escrituras públicas o los acuerdos y sentencias. No basta el almacenamiento de datos. Se

---

59 Cfr. OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, op. cit.

requieren de programas específicos que faciliten la labor cotidiana del jurista. En este sentido podríamos hablar desde la elaboración de un simple escrito como una carta poder, hasta el uso de intercambio de puntos de vista con colegas de otros países mediante el correo electrónico o el canal de charla (Chat).

### **C) Informática jurídica decisoria<sup>60</sup>**

De gran importancia y novedad para el derecho judicial constituye esta rama de la informática, pues plantea la posibilidad de elaborar un programa que decida por el juzgador. Se están diseñando programas sobre todo en aquellos casos en los que la temática a juzgar requiera de una decisión numérica y así utilizarse, por ejemplo, en cuestiones penales relativas al establecimiento del tiempo de una condena o en derecho laboral para establecer la cuantía de un sueldo o días laborados; y bien podría también pensarse en materia tributaria o aduanera para el cálculo de los impuestos omitidos o no declarados, etc. No debe perderse de vista, sin embargo, que la persona del juez resulta insustituible por una razón muy simple: lo que se juzga es la conducta humana y lo que se persigue es el valor justicia, y éstos no tienen fórmulas ni cálculos exactos. No obstante, creemos que puede resultar de una valiosa ayuda en algunos casos como los enunciados.

### **D) Internet y derecho**

Fruto de investigaciones universitarias y como urgencia para la solución de las comunicaciones debido en parte, a la guerra fría, nació Internet. Constituye un sistema de información compartida a través de lo que se denomina red (web) y que a través de las líneas telefónicas o vía satélite se logra la unión de una computadora a otros sitios comunes dentro de la misma red.

Actualmente, Internet es más que un medio para transportar información: es esencialmente un inmenso generador de relaciones humanas, lo que también provoca no pocas complicaciones. Según

---

60 Desde hace varios años ya se estudia esta temática. Cfr., entre otros, AA.VV. (GUILBOURG, A. Ricardo, compilador), *Informática jurídica decisoria*, Buenos Aires, Astrea, 1993.

conocedores de esta materia, en menos de 10 años quinientos millones de personas emplearán este sistema. Y si se tiene en cuenta que habitan el planeta siete mil millones de seres humanos, y sólo uno de cada diez tiene acceso al teléfono y el acceso a Internet se reduce a un cinco por ciento, este instrumento está prácticamente reservado a unos cuantos a pesar de su aparente accesibilidad. Lo anterior arroja una seria reflexión respecto a la brecha social entre los seres humanos y los países, teniendo en cuenta que “información equivale a poder” (económico, político y social). Según el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), en 1994 sólo existían 2.2 computadoras personales por cada cien habitantes, porcentaje que coloca a nuestro país en el número 28 a escala mundial. Lo anterior se explica fácilmente debido a que tiene una relación directa con el nivel de ingreso de la población, el cual se centraliza en poblaciones urbanas.<sup>61</sup>

Internet y derecho se encuentran hoy íntimamente vinculados. Desde el punto de vista constitucional se habla de la libertad de expresión y del derecho de información. ¿Cuáles son los límites de cada uno de ellos? La censura electrónica ¿viola la libertad de expresión? O representa un límite sano ante información no deseable para una sociedad en particular. Al respecto países como China o las naciones árabes han optado por el bloqueo al acceso a información de pornografía, debate político e idioma, al considerarlo una forma de “imperialismo cultural”.<sup>62</sup>

El artículo 6º de la Constitución mexicana consagra el derecho a la información: “El derecho a la información será garantizado por el Estado” y el propio artículo 6º limita el ejercicio de la libertad de expresión en cuanto a la “manifestación de ideas” (que es donde podría encagar Internet) y así serán permisibles las ideas siempre y cuando no “ataquen la moral”, los “derechos de terceros” ni “provoquen algún delito o perturben el orden público”. Ahora bien ¿qué tipo de información atacan la moral, los derechos de terceros o perturban el orden público? Y aquí entramos al ámbito del derecho penal en que se pueden mencionar algunos delitos comunes relacionados con Internet: la difamación, la

---

61 Cfr. BARRIOS GARRIDO, Gabriela, MUÑOZ DE ALBA, Marcia, y PÉREZ BUSTILLO, Camilo, *Internet y derecho en México*, México, McGraw-Hill Interamericana, 1998, p. 18 y 31-44,

62 Idem.

provocación o perturbación del orden público, ataques a la moral, introducción de virus informáticos, fraude informático, interceptación de información, falsificación de información, espionaje informático, violación sobre bienes informáticos, violación de correspondencia electrónica, etc.<sup>63</sup> El problema se presenta para configurar este tipo de delitos, ya que hasta hace poco (1999) se incorporaron algunos a la legislación penal. En efecto, recientemente se modificó el Título Quinto, Capítulo I, del Código Penal Federal, denominado “Ataques a las vías de comunicación y violación de correspondencia” (arts. 167, 168 bis, 211 bis1, 211 bis2, 211 bis3, 211 bis4, 211 bis5, 211 bis6 y 211 bis7),<sup>64</sup> así como el Capítulo II del mismo ordenamiento: “Corrupción de menores e incapaces. Pornografía infantil o prostitución sexual de menores” (arts. 201 bis, 201 bis 3, 205 y 208). Sin embargo, existen lagunas y la redacción de los artículos dejan dudas interpretativas por lo novedoso del tema.<sup>65</sup>

El derecho a la intimidad se encuentra íntimamente ligado a los bancos de datos personales y de identidad, para fines migratorios, poblacionales, electorales, fiscales, de tarjetas de crédito, etc. Esta garantía individual se encuentra claramente amenazada ante una falta de reglamentación que tienda a su protección.

Internet y derecho civil también encuentran conexión. Es cada vez más común las ofertas vía internet y así poder comprar libros, revistas, productos, entradas de cine o teatro. Incluso se habla ya hasta de centros comerciales virtuales. Al no existir regulación expresa en cuanto a estos contratos informáticos, entendemos que en estos casos nos encontramos ante un contrato de compra-venta, aunque también pueden celebrarse por esta vía genuinos contratos de arrendamiento, comodato, etc.,

---

63 Sobre los delitos informáticos, véanse, entre otros, los siguientes trabajos: Álvarez Cienfuegos Soto, J.M., “Informática y derecho penal. Los delitos relativos a la informática, en AA.VV., *El Código Penal de 1995. Parte Especial*, Consejo General del Poder Judicial-Generalitat de Catalunya, 1996, pp. 195-214; GUTIÉRREZ FRANCÉS, M.L., “Delincuencia económica e informática en el nuevo Código Penal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp. 249-305.

64 Publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 17 de mayo de 1999.

65 Cfr., por ejemplo, las críticas formuladas por TRUJILLO SALCEDA, José Miguel, “México y los problemas con la informática”, en *Admónjus. Revista del Poder Judicial de Baja California*, abril de 2000, vol. III, año 4, núm. 9, pp. 35-46.

pudiendo utilizarse las llamadas “firmas electrónicas”, que constituyen claves de identificación conocida sólo por los contratantes, como sucede con las diversas instituciones financieras, especialmente entre los bancos y sus clientes. Recientemente, también se habla de la “intervención notarial en Internet”, en la cual el Notario Público certifica la autenticidad de la empresa y de su representante que anuncian un producto determinado u ofrecen un servicio por Internet.<sup>66</sup>

Por último, si bien en México hace falta una regulación integral sobre esta materia y una profunda reflexión sobre el uso indiscriminado y sin ningún tipo de restricción de estas verdaderas carreteras de la información, ya se inició un primer paso para ello, a través de la expedición por parte del Ejecutivo federal del Decreto por el que se aprueba el Programa especial de mediano plazo denominado de Desarrollo Informático, publicado en el Diario Oficial del 6 de mayo de 1996.

#### **E) Arbitraje a través de Internet**

Analizamos líneas arriba al arbitraje como medio alternativo para la solución de los conflictos. ¿Sería posible efectuarlo vía Internet entre sitios distantes? Este tema, más que un estudio representa una propuesta. El llevar a cabo un arbitraje, o incluso, algún procedimiento o desahogo de prueba a través de medios electrónicos es muy viable, teniendo en cuenta la proyección y avances de los mismos. Hasta ahora campo virgen. Las únicas aproximaciones se refieren a la discusión de temas por el método de videoconferencias, especialmente entre abogados de una misma firma pero situados en lugares diferentes. Por supuesto que en la actualidad resultaría costoso, al requerir equipo altamente actualizado con un canal de conversación en tiempo real para multiconferencias. Este canal debería ser privado y sólo los interesados en la audiencia contarían con la clave para ingresar a él. Las computadoras que se utilicen deberán contar con todos los adelantos de videocámara, micrófono y bocinas, de tal manera que todos podrían escuchar simultáneamente, y podrían también hablar desde un teléfono normal casero. A través del “Netscape” que sería propiamente la red, podrían intercambiarse archivos con documentos de sonido, imágenes y hojas de trabajo, lo que permitiría

---

66 Cfr. la revista jurídica *El mundo del abogado*, correspondiente a los meses julio-agosto, México, 1999.

el acceso rápido y simultáneo de la información necesaria: pruebas, poderes, contratos, etc.

Así, utilizando la imaginación, podría realizarse un arbitraje internacional estando las partes contendientes en distintos países, sus abogados en otros distintos, el árbitro en un quinto sitio, y llegar al extremo de que testigos, peritos o el desahogo de alguna prueba, se encontrasen o tuvieran que realizarse en otros lugares distintos.

Por otra parte, tampoco queda lejos la posibilidad, en un futuro no lejano, la práctica de notificaciones judiciales vía Internet mediante un correo certificado electrónico.

## **VI. REFLEXIÓN FINAL**

Hasta aquí hemos tratado de visualizar, a vuelo de águila, una panorámica actual de la doctrina procesal a nivel nacional, iberoamericano y mundial. Han quedado pendientes muchos otros temas –que por cuestión de tiempo no hemos podido desarrollar– como los relativos al jurado popular, que en los últimos años se ha revitalizado en España; la internacionalización del derecho procesal a través de la creación de tribunales supranacionales como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica; los caminos o vías en que algunas ramas procesales tienden a independizarse, como el derecho procesal constitucional; y el tema de la enseñanza del derecho procesal –que tanto se ha venido insistiendo en los congresos y jornadas– y que en los próximos días tendremos la fortuna de escuchar al destacado procesalista chileno Raúl Tavolari sobre esta temática.

Terminamos con la siguiente conclusión: el procesalismo científico se encuentra activo, en efervescencia y en constante evolución –como pocas disciplinas jurídicas–, dejando de ser patrimonio de unos cuantos países. Cabe reflexionar, por consiguiente, en la necesidad de que los profesores de derecho procesal se actualicen en los temas que a nivel nacional, continental e internacional se están discutiendo. Son pocos los profesores de derecho procesal en México que asisten o participan regularmente a los congresos o foros de temas procesales. Se requiere una participación más activa, si no se quiere caer en el rezago científico de nuestra disciplina. Recordemos al ilustre procesalista uruguayo Eduardo

J. Couture, en su clásico decálogo del abogado, el derecho (y en especial el derecho procesal) se transforma constantemente, si no seguimos sus pasos seremos cada día menos abogados.





## **Sección de reseñaciones bibliográficas**



## **Generales Comentarios y selección a cargo de Alberto Baumeister Toledo**

Durante el periodo que concluye con el año, fueron publicadas una serie de obras y revistas que tienen particular importancia y que a reserva de una recensión más profunda que se haga de las mismas, estimamos valen la pena reportar entre otras las siguientes:

**1- "Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal", número 3, enero junio 2000, órgano de difusión del Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal (INVEDEPRO), en la que se examinan por diversos autores temas relacionados con las "Medidas Cautelares", Editorial Livrosca, Venezuela, ISSN 1316-9777, 247 páginas.**

**2- "Estudios de Derecho en Homenaje a Fernando Pérez-Llantada" SJ.- Editorial UCAB, Autores varios, Venezuela, 2000, 549 pp.**

Con el auspicio de la Universidad Católica Andrés Bello y la Fundación Fernando Pérez-Llantada, salió a la luz pública este interesante Libro Homenaje que contiene temas de actualidad sobre tópicos de Derecho Administrativo (Manuel Rodríguez Costa), Agrario (Norah Vásquez de Escobar, Aracelys Márquez de España), Contratos civiles

(Leopoldo Brandt Graterol), Criminología (Rosa del Olmo, Luis Gerardo Gabaldón y Julio Rodríguez B.) Derecho Laboral (Freddy O. Caridad M., César Augusto Carballo M. y Humberto Villasmil P.), Internacional Público (Asdrúbal Aguiar), Menores y Adolescentes (María Gracías Morais y Georgina Morales) y Mercantil (Luis Corsi, Luis Ávila Merino y Alberto Baumeister T.) con los cuales sus diversos autores quisieron rendir homenaje al apreciado Profesor, Ex Decano de la Facultad de Derecho y Ex Director de los Estudios de Post Grado de la Universidad Católica Andrés Bello.

**3-. "La Realidad económica en el Derecho Tributario", de José Andrés Octavio L., Colección Estudios jurídicos 73, de la Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, ISBN 980-365-045-9, 180 pp.**

**4-. "El pago", José Mélich Orsini, Editorial Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2000, ISBN 980-244-236-4, 266 pp.**

**5-. "III Jornadas de Derecho Procesal Civil", Dr. Aristides Rengel Romberg, Ciclo de Conferencias en Homenaje al Profesor Alberto Baumeister T., Editorial Universidad Católica Andrés Bello y Fundación Fernando Pérez-LLantada S.J., Caracas, 2000, Autores varios, sin ISBN, 201 pp.**

**6-. Derecho y Sociedad, Revista de estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila, Editorial Torino, Venezuela, 2000, SIN 1317-2778, 326 pp.**

La Revista de nuestra facultad se congratula con la aparición de esta publicación de los estudiantes de la facultad de Derecho de la nueva y flamante Universidad Monteávila, en la cual se insertan trabajos del profesor José Rodríguez (Sociedad Civil y Oposición Política), Luis Fraga Pitaluga (Consideraciones sobre el régimen de las sanciones administrativas en la Ley orgánica de Telecomunicaciones) del maestro Aristides Rengel Romberg (El juicio oral en el nuevo Código de Procedimiento Civil de

1987) José Ignacio Hernández G (Reflexiones sobre la nueva ordenación del Sector Eléctrico Venezolano), Daniela Urosa Maggi (Protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos frente a la inactividad de la Administración Pública – Aproximación Jurisprudencial) Carlos García Soto (El problema institucional) y Edward Coleman (La Justicia).

Deseamos toda clase de éxitos a la nueva publicación.



# **Especial Los Títulos-valor (Apuntes para una presentación bibliográfica)**

Luis Corsi\* y Marianella Corsi\*\*

*Al fin ha sonado la hora de acometer la labor  
bibliográfica y reponer el tiempo perdido*  
Manuel Segundo Sánchez

*Un libro de esta naturaleza no merece elogios.  
Lo afirmo así en su propio beneficio. Al contrario,  
el reconocimiento que puede otorgársele  
consiste en las críticas de sus deficiencias y en la indicación  
de las omisiones en que por fuerza se ha incurrido.*  
R. Archila.

## **Sumario**

Introducción. Primera parte. Repertorio Bibliográfico.

I.- Títulos-valor en General.. 1.- Obras generales. 2.-Fuentes. 3.- Historia de las fuentes. 4.- Títulos-valor impropios: tarjetas de crédito. 5.- Títulos al portador.

- 
- \* Abogado por la UCV 1962. Ex magistrado. Profesor de pre y postgrado en Derecho Mercantil. Autor de más 74 artículos de divulgación e investigación y 7 libros, entre ellos, *El pagaré a la orden*, Caracas, 1984, galardonado con el premio Luis Sanojo.
  - \*\* Abogada por la UCAB 1990 en el libre ejercicio de la profesión.



II. Títulos-valor Crediticios. 6.- Letra de cambio. 6.1.- Obras y aspectos generales. 6.2.- Fuentes. 6.3.-Historia de las fuentes. 6.4. - Evolución histórica de la letra de cambio. 6.5. - La Creación de la letra. 6.5.1. La declaración cambiaria originaria o fundamental. 6.5.2. Capacidad cambiaria. 6.5.3. La forma de la letra en general: requisitos. 6.5.4. Letra incompleta y letra en blanco. 6.5.5. Cláusulas cambiarias potestativas. 6.5.6. Amortización de la letra. 6.6. La aceptación de la letra. 6.7.- La circulación de la letra. 6.8. -El aval. 6.10. -El pago de la letra. 6.10.1 Pago ordinario: letra domiciliada. 6.10.2. Pago por consignación. 6.10.3. Pagos extraordinarios: pago en vía de regreso. 6.10.4. Acciones que tutelan el pago de la letra. 6.10.4.1 Las acciones cambiarias. 6.10.4.2. Prescripción de las acciones cambiarias. 6.10.4.3. La acción de enriquecimiento injusto. 6.11.- Conflictos de leyes. 7.- El pagaré. 7.1.- Obras generales. 7.2.- Fuentes. 7.3.- Naturaleza jurídica. 7.4. - Requisitos formales. 7.5. - Pago del pagaré. 7.6. - Conflictos de leyes. 8. - El cheque. 8.1. Obras generales. 8.2.- Fuentes. 8.3.- Naturaleza del cheque. 8.4.- Emisión del cheque: modalidades. 8.5.- El pago del cheque. 8.6.- Falta de pago del cheque. 8.7.- La acción causal. 8.8.- El derecho penal del cheque. 8.9.- El cheque en el derecho internacional privado. 8.10.- Cheques especiales.

III.- Títulos-valor representativos de mercancías. 9.- El certificado de depósito. 10.- El bono de prenda. 11.- La carta de porte. 12.- El conocimiento de embarque. 13. Warrants. IV.- Títulos-Valor de Participación. 14.- Las acciones. 14.1 Obras generales. 14.2.- La acción como expresión de la condición de socio: derechos integrantes de la condición de accionista. 14.3.- Tipos de emisión de acciones. 14.4. Documentación de las acciones: obligatoriedad de la anotación en cuenta para las acciones cotizables. 14.5. La acción como objeto de negocio jurídicos: circulación de las acciones. Restricciones a la libres transmisibilidad de las acciones. Adquisición por la sociedad de sus propias acciones. 14.6.- La acción como expresión de la condición de socio: copropiedad y derechos reales sobre las acciones: prenda y embargo de acciones. V.- Otros Títulos-Valor. 15.- Las cédulas hipotecarias. 16.- Las obligaciones. 17.- El reporto.

SEGUNDA PARTE Tabla de Abreviaturas. TERCERA PARTE. Bibliografía

## INTRODUCCIÓN

Charles-Victor Langlois, al preguntarse sobre qué hacer para facilitar al público información adecuada sobre el casi inconmensurable patrimonio literario y científico de la humanidad, concluye que “la solución del problema radica en la utilización de ciertos instrumentos particulares del trabajo intelectual, bibliografías y repertorios bibliográficos. “Ciertamente, es sumamente importante conocer el repertorio bibliográfico de un país. Además, todo tipo de investigación, y hoy mas que nunca, requiere de la

suficiente información bibliográfica. El auxilio de la bibliografía es, sin ningún género de dudas, indispensable.

Don Pedro Grases, “un vilafranquí universal” (Tarín-Iglesias) destacado hombre de letras cuya vasta obra puede considerarse una de las mayores contribuciones al conocimiento y difusión de la historia de la cultura venezolana, cuya tarea ha hecho posible la reconstrucción intelectual de la historia de Venezuela<sup>1</sup>, tanto es así que, como apunta Arturo Uslar Pietri, una de las más asombrosas vocaciones de escritura que ha producido Venezuela en el siglo XX, de obra poligráfica,<sup>2</sup> “no se puede escribir sobre las letras y el pensamiento venezolano sin mencionar a Grases, sin servirse de Grases, sin seguir a Grases en toda la asombrosa variedad de sus pesquisas y hallazgos”, entre otros, no ha escatimado esfuerzos para hacernos comprender el valor y trascendencia que tiene para un pueblo contar con bibliografías. Por una parte –nos dice el eximio bibliógrafo–<sup>3</sup> la enseñanza misma carece de los medios de consulta y referencia, y por otro lado, *las iniciativas de investigación y estudio a menudo se hayan frenadas por tropiezos muy elementales. El aprendizaje se hace penoso quien sabe cuantos fracasos se deben a la ausencia de sencillas orientaciones en el instante oportuno*” (cursivas de L.C. y M.C.). Para el investigador en verdad, no contar con índices bibliográficos resulta una seria calamidad.

Las primeras bibliografías de importancia histórica activa datan desde el siglo XVI aún cuando “las bibliografías más o menos normales como observa Th. Besterman existieron incluso antes de la era cristiana” (ejemplo, el catálogo de la biblioteca de Alejandría, producido por Callimachus en el siglo III a. C.) y que ya en el siglo II Galeno produjo la primera autobibliografía.

- 
- 1 Cfr. Osorio Tejeda, Nelson, “Pedro Grases”, en *Diccionario Enciclopédico de las Letras de América*, Biblioteca Ayacucho-Monte Avila Editores Latinoamericana, Caracas, 1996, tomo F-N, págs. 2075 a 2077, a quien seguimos para lo expuesto y allí bibliografía sobre la vida y la obra de Don Pedro Grases.
  - 2 “Pedro Grases, el servidor”, en VVAAA. *La obra de Pedro Grases*, Caracas. Ed. Arte, 1976, pág. 21.
  - 3 “Introducción a la guía de fuentes bibliográficas relativas a Venezuela”, en *Investigaciones bibliográficas*, Caracas, 1968, II, págs. 236 a 7.

Sin embargo, hasta ahora el hombre no ha sido capaz de dominar ordenadamente en ninguna época su propia producción intelectual *control bibliográfico*, en efecto, significa, conocimiento detallado de los *récords*, escritos y publicados, es decir, *acceso efectivo, a través de la bibliografía*, de tal modo que la expresión control bibliográfico en Derecho significa *acceso efectivo, a través de la bibliografía*, a las fuentes de información jurídica.

Los conceptos básicos sobre bibliografía admiten variadas calificaciones. José Simón Díaz, en su trabajo sobre bibliografía, ofrece 6 significados del término bibliografía<sup>4</sup>.

- a. *Lista de libros*, la más difundida, es acogida por el diccionario de la Real Academia de la Lengua como "Relación o catálogo de libros o escritos diferentes a materia determinada.

Díaz cita varios autores que se acogen a esta idea, pero contra ellos esgrime el juicio expresado por Cowley: "una lista de libros o artículos reunidos sin propósito crítico, no es bibliografía en ningún sentido aunque puede ser un catálogo o repertorio habilidosamente construido.

- b. *Conocimiento de los manuscritos*, la cual se funda en su sentido originario del griego, pero el surgimiento de la Paleografía, parece disminuir esta significación atribuible a la bibliografía aunque, según Díaz, será necesario tenerla en cuenta cuando se estudia la relación entre Bibliografía y Manuscrito.
- c. *Ciencia del libro*. El concepto es de Francois Née de la Rochelle quien en 1782 sostiene la existencia de una ciencia del libro llamada Bibliografía la cual comprendería dos ramas: la producción del libro en sí (historia, catalogación, clasificación, autor, valor intrínseco). El concepto ha tenido relativa suerte y su uso se ubica principalmente entre los sectores no profesionales, aunque instituciones especializadas no desprecian utilizarlo.
- d. *Ciencia de la biblioteca*. Surge en Francia como consecuencia de la necesidad de ordenar los fondos bibliográficos de las órdenes

---

<sup>4</sup> *La Bibliografía*, p.13 y sigs.

religiosas, nacionalizadas por el gobierno revolucionario en 1793. El obispo de Blois, Henri Gregoire, en un informe a la Convención y Urbin Domergue, en un informe de trabajo, llegaron a la conclusión de que la Bibliografía, ciencia del libro, era también ciencia de las Bibliotecas. El posterior surgimiento de la Biblioteconomía acabó prácticamente con este concepto, no obstante que, a su amparo, Europa desarrolló extraordinarios adelantos en el estudio, ordenación y catalogación de sus grandes bibliotecas y la producción de sus respectivos e importantes repertorios.

- e. *Ciencia de los repertorios*. Es Gabriel Peignot quien en 1812, designa como Bibliología la Ciencia del libro y a la Bibliografía, destinada al estudio de los repertorios, la incluye como una de sus partes.

Ecole de Cartre, Charles Mortel, el alemán Schneider se suman a esta interpretación y la UNESCO, en su conferencia de 1950, ratifica dicho concepto.

- f. *Parte de la documentación que se ocupa de los impresos*. El concepto está en discusión pero al parecer la Documentación, la Bibliografía pudiera quedar relegada a ser parte de “una nueva ciencia de alcances métodos e instrumentos más ambiciosos y perfectos”, según lo citamos de Díaz.

Santiago Key Ayala, por su parte, en el prólogo de sus *Series Hemerobibliográficas*, Caracas, 1933, nos ofrece las siguientes cinco denominaciones:

1. “Bibliografía pura, que lleva en sí misma su razón y objeto.
2. Bibliografía aplicada,
3. Bibliografía selectiva,
4. Bibliografía crítica, y
5. Bibliografía disciplina auxiliar”.

De este último concepto se manifiesta partidario y afirma: “donde la Bibliografía asoma su fisonomía más radiante y más noble, donde llega a exhibir calidades éticas, es como la disciplina auxiliar, como instrumento de trabajo y cooperación...”.

Sin pretender hacer un estudio exhaustivo de los diversos tipos de bibliografías a que conducen las variaciones de propios, características,

métodos y formas, pero manteniendo claro el concepto fundamental de que toda bibliografía pretende agrupar materiales que tienen algunas características en común, enumeramos a continuación, siguiendo a Villalón Galdames<sup>5</sup> los catorce tipos más comunes de bibliografías:

- 1 y 2 Bibliografías exhaustivas y bibliografías selectivas.
- 3 y 4 Bibliografías con anotaciones y bibliografías sin anotaciones.
- 5 y 6 Bibliografías producidas en forma de libro y Bibliografías producidas en otra forma (fichas perforadas, microfilme, cinta perforada, cinta magnética, etc.)
- 7 y 8 Bibliografías sobre libros y bibliografías sobre otros materiales (inscripciones, medallas y monedas, tabletas, rollos, códices, folletos, microfilme, micro tarjetas, etc.).
- 9 y 10 Bibliografías limitadas a una biblioteca o área geográfica determinada y bibliografías no limitadas a una biblioteca o área geográfica no determinada.
- 11 y 12 Bibliografías de acceso único, es decir, ordenadas en forma que destacan un solo aspecto del material registrado (materia, fecha, lugar, autor, editorial, etc.) a través del cual se puede localizar dicho material y bibliografías de acceso múltiple, en las cuales se puede encontrar el material a través de varios aspectos, ya sea por autores, materia y títulos figuran en una sola enumeración tipo diccionario o bien porque existe un índice para cada aspecto, por medio del cual se puede hallar el material.
- 13 y 14 Bibliografías retrospectivas, es decir, limitadas al pasado y bibliografías al día, es decir, con pretensiones de registrar la producción actual de una determinada localidad o sobre un tema dado.

Aunque no son tantos los repertorios bibliográficos de que disponemos en la cultura venezolana la preocupación por la bibliografía nacional es antigua. “Desde 1878 –nos refiere Don Pedro Grases,<sup>6</sup> ese insaciable erudito bibliógrafo– el historiógrafo Arístides Rojas había

---

5 Villalón-Galdames, A.: *Bibliografías Jurídicas de América Latina (1810-1975)*, Santiago de Chile, 1968, pág.110.

6 “Consideraciones sobre la obra bibliográfica en Venezuela”, en ob. cit., II, pág.214.

manifestado el deseo y el propósito de organizar lo que él llamaba “Literatura de la Historia de Venezuela”. Pero Venezuela, con todo y contar con algunas obras de primer orden, no ha podido articular de “un modo sostenido” las publicaciones de bibliografías generales o monografías. Existen, no obstante, publicaciones periódicas de interés bibliográfico (el “Anuario Bibliográfico”, la fuente de información más completa; el “Boletín del Archivo General de la Nación”, el “Boletín de la Academia Nacional de la Historia”, etc.) y se han publicado bibliografías por temas (historia, literatura, periodismo, etc.).

Los predios del Derecho actualmente no se hayan desmantelados como otros aspectos de la bibliografía venezolana. Las publicaciones hechas por la fundación “Rojas Astudillo” que, en su Boletín, a partir del nº 2 (enero 1952), publica utilísimas referencias bibliográficas.

Aparte de los valiosos estudios de referencia de dicha Fundación, digno exponente del propósito de atender este campo para orientar las tareas y las pesquisas de los juristas venezolanos, se han publicado algunas bibliografías especializadas a saber: la valiosa obra de conjunto de Adolfo Blonval López (*Bibliografía Jurídica y Fiscal Venezolana*, Artes Gráficas, Caracas, 1967, 2 vols.) que sería injusto no recordar, y las bibliografías por temas de orden jurídico, de cierta envergadura, las primeras herramientas bibliográficas que hemos utilizado para evitar duplicaciones de esfuerzos, a saber: Alfredo Arismendi, *Contribución a la bibliografía del Derecho constitucional y su historia*, Caracas, 1972; Fernando Amores y Herrera, *Bibliografía jurídica venezolana*, en Revista RCADF, 1943, N° 37, págs. 39-59, Helen Clagett, *A guide to the law an legal literature of Venezuela*, Washington, 1947; Rafael Caldera, *Derecho del Trabajo* (1<sup>ra</sup> edición de 1939, págs. 843-856; la 2<sup>da</sup> edición de Buenos Aires 1960) Jesús Clarke Pérez, *Bibliografía venezolana del Derecho del Trabajo y materia conexas*, Grafi Copias SRL, Caracas, 1985; Pedro Grases, “Contribución a la bibliografía venezolana del Derecho Constitucional, etc”.

Sería injusto también no recordar las referencias que se encuentran en los tratados, manuales y cursos de Derecho mercantil; (Ely S. Barboza Parra, *Manual de Derecho mercantil*, Mérida, 1995); R. Goldschmidt, *Curso de Derecho mercantil*, Caracas, 1974; Alfredo Morles Hernández, *Curso de Derecho Mercantil*, Caracas, 1998, 3 Vols.; Pedro Pineda León,

(*Principios de Derecho Mercantil*. Mérida, 1982, etc.) Además, Hanna Bisntock, (*Índices de Tesis de Grado (1901-1966)*. Caracas, 1966), etc. y Gisela Bosque, (*Libros. Homenaje. Índice analítico*, UCV, Caracas, 1981), etc. también han dedicado sus desvelos en menor o mayor grado, en este campo de la actividad intelectual.

Pero no existe una bibliografía venezolana de Derecho mercantil, a excepción de la publicada en N° 9 del *Boletín de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal*, Fundación "Rojas Astudillo", págs.161-210 la fuente de información más completa, para la fecha de la publicación del Boletín, enero de 1959.

Por otra parte, los autores de este trabajo, han publicado (incluso en colaboración) resultados parciales de sus investigaciones: "Contribución a la bibliografía venezolana del Derecho marítimo", en la Revista de Derecho Marítimo, Caracas, diciembre de 1984, págs. 99-106, (50 cédulas o asientos por orden alfabético e índice analítico); "Nuevos materiales para una bibliografía de Derecho Marítimo", en la Revista de Derecho Marítimo, Caracas, diciembre de 1985, N° 5, págs. 105-112 (76 cédulas, fichas o asientos de Derecho marítimo privado y Derecho del mar), "Algunas papeletas para una bibliografía jurídica venezolana sobre los Títulos-valores, *Revista de Derecho Mercantil*, Caracas, 1986, N° 3, págs. 11 a 17 (49 cédulas, fichas o asientos); "Nuevas papeletas para una bibliografía jurídica venezolana sobre títulos-valores", *Revista de Derecho Mercantil*. Caracas, 1987, N° 6, págs. 295 a 304 (84 cédulas, fichas o asientos).

El cuadro general que presenta la bibliografía jurídica en nuestro país no es ciertamente desolador, pero no existe completa información sobre la producción de literatura Jurídica, la legislación vigente, la jurisprudencia acerca de una institución determinada y los convenios internacionales que comprometen al país.

La solución del problema no es simple, por el contrario, el camino a recorrer es largo y complejo. Necesitamos planificar en muchos aspectos para avanzar en forma coordinada. Señalamos a continuación con Villalón-Galdames, algunos de los aspectos que nos parecen más importantes en la búsqueda de soluciones:

1. Faltan especialistas en Venezuela en este nuevo campo del conocimiento. El aparato de control de información que acabamos de

mencionar necesita del liderazgo de Abogados y Documentalistas que, salvo escasas excepciones, no existen ni están preparando en nuestro país. Este equipo es el que puede hacer posible la realización de los demás propósitos, es el que puede “ver ideas”, para usar una expresión de actualidad;

2. Falta de planeamiento del desarrollo de la información, de la Bibliotecología, de la Documentación, que forme parte del planeamiento educacional y que en algunos casos inclusive puede y debe estar coordinado con el planteamiento regional para América Latina;
3. Falta, pero cada día se avanza un paso en el reemplazo de generaciones de directivos con mentalidades de siglo XIX por generaciones de directivos del siglo XXI, y
4. Faltan medios financieros que, desgraciadamente, cada vez son más escasos.

\* \*

Nuestro país no ha producido una bibliografía jurídica *general completa, retrospectiva y al día* y no compensa la omisión con la cantidad y calidad de sus bibliografías especializadas, publicaciones periódicas, catálogos, índices, etc. ¿será acaso que el desarrollo de la bibliografía venezolana es relativamente proporcional a la cantidad y calidad de la producción de la literatura jurídica?, ¿Será acaso que han existido y existen publicaciones periódicas pero de vida irregular, junto a innumerables primeros números que nunca llegan a tener compañeros?, ¿Todas nuestras publicaciones periódicas no enfrentan, en efecto, una gran diversidad de problemas de edición e irregularidades en su periodicidad?

\* \* \*

No obstante, aparte de las últimas referencias bibliográficas de la Fundación “Rojas Astudillo”, podemos dar noticias en la bibliografía de catálogos, índices, bibliografía, etc.

Esta contribución a la bibliografía venezolana sobre “títulos-valor” desde un punto de vista técnico, es en términos generales una bibliografía, pero en términos más específicos constituye la forma de bibliografía llamada un *índice bibliográfico*, esto es una lista sistemática de publicaciones (libros y publicaciones periódicas), con o sin anotaciones.



El objeto específico de esta bibliografía es presentar a investigadores, jueces, abogados, profesores, estudiantes, bibliógrafos, librerías, la producción jurídica venezolana. Nuestro trabajo está destinado principalmente a servir un fin práctico. La copiosa producción bibliográfica que en las ciencias jurídicas existe corre el riesgo, si no de llegar a la saturación, sí al menos de convertir en inservible su existencia. La dificultad principal consiste en su localización. Para salir al paso de este inconveniente se ha sentido la necesidad de recoger, los fondos bibliográficos de una determinada materia

Existen, sin embargo, involuntaria e inevitablemente fisuras y olvidos. Lo que escribió Adolfo Blonval López lo podríamos repetir nosotros:

Quiero dejarlo escrito, para que todos sepan, que en ningún momento he creído agotar la materia; ello resulta prácticamente imposible por no existir medios seguros y fuentes completas para orientar una investigación tendente a lograr el registro de la totalidad de las obras publicadas en una ciencia determinada (...) Apenas he hecho lo posible por lograr la más extensa nómina de libros y folletos publicados sobre o en relación. (...). Algunas fichas son simples referencias y en consecuencia aparecen incompletas, yo espero que las críticas que se hagan y los reclamos que se formulen van a constituir las mejores fuentes de información para publicaciones venideras.

La primera versión de esta contribución apareció en la *Revista de Derecho mercantil* (Nº 7 y 9, enero-junio de 1989) también en coautoría con mi hija Marianella (250 fichas, asientos). La presente intenta ser una puesta al día de la anterior y el agiornamiento se hizo con arqueo directo en las fuentes de los propios autores y la colaboración generosa de Ramona Mesa, Marinelli Martínez y el hoy flamante abogado Gabriel Castro, quienes han comprometido nuestra gratitud. Para ellos nuestras más expresivas gracias.

\* \* \*

Nuestro Código de comercio, adopta la terminología de “títulos de créditos” (art. 2, inc. 2); de “documento negociable” (art. 121); de “efectos de comercio” (arts. 127 y 538); de “documentos de crédito” (art. 991); y,

el “nuevo” Código de rito utiliza la expresión de “documentos negociables” (art. 644)<sup>7</sup>. Nuestra legislación, pues, no emplea una terminología uniforme para referirse a los títulos-valor.

Nosotros preferimos la definición de la doctrina suizo-alemana. Según esta definición que debemos a Heinrich Brunner, “un título-valor es un documento que incorpora un derecho de carácter privado de tal forma que para el ejercicio del mismo es necesario la posesión del documento”<sup>8</sup>, (o sea, en esencia *un título de legitimación propio*). La definición de Brunner es hoy, con algunas matizaciones, si no indiscutida, dominante, incluso en Venezuela, donde se utiliza en algunos textos legislativos como la Ley de Mercado de Capitales<sup>9</sup>. Además, como lo reconoce el distinguido y prestigioso jurista colombiano Peña Castrillón<sup>10</sup> es mayoritaria en las legislaciones latinoamericanas.

La preferencia y la opción<sup>11</sup> de Luis Corsi, uno de los co-autores, por la expresión títulos-valor, se explica por las enseñanzas que recibió de su Maestro, en la licenciatura y en el doctorado, el Dr. Roberto Goldschmidt, jurista ejemplar que, desde su llegada a Venezuela hasta su muerte el 18 de octubre de 1965 prestó múltiples servicios a la cultura jurídica del país.

Esta circunstancia justifica, pues, el título que damos a estos apuntes bibliográficos.

\* \* \*

- 
- 7 Cfr. Para la crítica del uso de esta expresión, mi libro *Apuntamientos sobre el procedimiento por intimación*, C.&C. Editores, 3era ed. revisada y ampliada, 1994, págs. 121 a 122.
- 8 Conforme, Goldschmidt, Roberto: *Curso de Derecho Mercantil*, Caracas, reimp. 1979, pág. 164 y el art. 965 del Código de Obligaciones suizo.
- 9 Para más detalles v. Morles Hernandez, Alfredo: *Curso de derecho mercantil*, 4ta. ed., Caracas, 1998, excelente manual con preciosas indicaciones de derecho comparado y una casi exhaustiva información bibliográfica.
- 10 De los títulos-valores en general y de la letra de cambio en particular (Panorama latinoamericano) Editorial Temis, 2da. ed., Bogotá, 1981.
- 11 Eizaguirre, “La opción por el concepto amplio de título-valor”, en *Estudios Menendez*, Madrid, 1996, tomo I, págs. 1.133 a 1.170.

Agregamos también nuestro cordial agradecimiento a quienes nos prestaron su valiosa colaboración. Muy especialmente Oswaldo J. Romero M. de la Biblioteca de los Tribunales Fundación “Rojas Astudillo), a la Licenciada Yulima González y Gail Pérez de la Biblioteca de Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela y a Luz Adriana Correa y a Alexander Avila, quienes transcribieron los originales.

Un cariñoso recuerdo para el Dr. Nicolas Vegas Rolando, compañero de aventura intelectual, lamentablemente fallecido cuando todavía podía aportar importantes contribuciones a la bibliografía jurídica vernácula. Como dijo uno de los poetas más eximios de las letras hispano-americanas, “Roja será la rosa que recuerde tu paso”.

Igualmente mi reconocimiento a la Lic. Gisela Bosque *illo tempore*, bibliotecónoma - jefa de la Biblioteca de la mencionada facultad, quien siempre me ha distinguido con su amistad y en ese entonces soportó mis impaciencias de bibliófilo

Nos resta decir con Lucien Febvre: “El bibliógrafo está a menudo habituado a la ingratitud de aquellos a quienes sirve. Pero basta saber que su trabajo es útil y crea otro trabajo, con ello esta compensado”.

## **Primera parte Repertorio bibliográfico**

### **I.- TÍTULOS-VALOR EN GENERAL**

#### **1.- Obras generales**

1

BARBOZA PARRA, Ely Saúl: *“Títulos Valores (Principios Básicos)*. Consejo de Publicaciones, Universidad de Los Andes, Mérida, 1994, 128 págs.

2

ITRIAGO, Salvador: *Algunas consideraciones sobre créditos y títulos de crédito*, Tesis de Grado, UCV, Caracas, 1942.

3

MÁRMOL MARQUÍ, Hugo: *Fundamentos de Derecho Mercantil. (Títulos-Valores)*, Caracas, 1982, 242 págs.

4

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso de Derecho Mercantil, Los Títulos Valores*, Tomo III, Italgráfica S.A, Caracas, 1998, págs. XX 1579 a 2191.

5

PERRET GENTIL, Otto: *Títulos de crédito. Nociones preliminares*, Tesis de Grado, UCV, 1944.

#### **2.-Fuentes**

6

BORJAS, Leopoldo: “Títulos de crédito”, JDM, 1978, págs. 287 a 326.

7

CÁMARA, Héctor: “El anteproyecto venezolano sobre títulos valores”. IJIDM, Caracas, 1989, págs. 599 a 708.

8

CORSI, Luis: "El proyecto de Ley Uniforme de Títulos-Valores para América Latina" RCADEF, 1970, N°137, págs. 110 a 130.

9

CORSI, Luis: "Aproximación al Proyecto de Ley General de Títulos Valores de 1984", RF, 1984, N°6502, págs. 1 y sigs. En El Universal, agosto 1984.

10

CORSI, Luis: "La reglamentación internacional de los títulos cambiarios y la progresión del estatuto venezolano. (Acercamiento perspectivo al régimen de los títulos valores)", RCDL, 1984, N°33, págs. 77 y sigs., y en RDP, 1985, N° 2-2, págs. 221 a 224.

11

GOLDSCHMIDT, Roberto: "La reforma del Derecho mercantil venezolano en materia de títulos valores y operaciones bancarias", LHMV, Córdoba, Argentina, 1963 a 1965, T. 3, págs. 249 a 267; y en *Nuevos Estudios de Derecho Comparado*, Caracas, 1962, págs. 283 a 302.

12

HIRSCH B., Moisés: "Comentarios al ante-proyecto de Ley de Títulos Valores de 1978", RDP, 1986, N° 3 a 3 págs. 11 a 46.

13

MUCI-ABRAHAM, José: "Novísima legislación sobre títulos valores- (Ley N° 16.587)", RFDUCAB, 1967-1968, No.6, págs. 160 y sigs.

14

NOVELI NUÑOZ, Guillermo: "Anotaciones sobre el borrador de ley de letra de cambio", pagaré y cheque, RFCJP, 1988, págs.139 a 174.

15

PISANI RICCI., María A.: "Estudio comparativo entre el Proyecto de Ley de Títulos Valores de 1963 y la versión definitiva de 1967", RDP, 1985 N°2-1, págs. 147 a 158.

16

PULIDO MÉNDEZ, Victor: "Examen del anteproyecto venezolano de ley de títulos-valores de 1984", IJIDM, Caracas, 1989, págs. 941 a 969.

17

VENEZUELA, Leyes, Decretos, etc. Ministerio de Justicia: "Reforma del Código de Comercio (Títulos-valores)", RFD, 1982, N°63, págs. 163 a 230.

18

VENEZUELA, Leyes, Decretos, etc. Ministerio de Justicia: *Exposición de Motivos y Proyecto de Ley General de Títulos Valores y Operaciones Bancarias*, Caracas, 1963, 75 págs.

19

VENEZUELA, Leyes, Decretos, etc. Ministerio de Justicia: *Exposición de motivos y Proyecto de Ley General de Títulos-Valores y Operaciones Bancarias*. Caracas, 1967, 84 págs.

20

VENEZUELA, Leyes, Decretos, etc. Ministerio de Justicia: *Reforma del Código de Comercio (Título-valores)*, Caracas, 1978, 60 págs.

21

ZOPPI, Pedro Alid: "Observaciones al Proyecto de Ley General de Títulos-Valores", RDM, 1986, N°2, págs. 139 a 153.

### **3.- Historia de las fuentes**

22

ACADEMIA DE CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES, Serie Eventos. *Historia de Derecho Venezolano (Anales del Primer Seminario de Historia del Derecho Venezolano)*, Introducción, organización y dirección de la edición por Tomás Enrique Carrillo Batalla, Caracas, 1983, 449 págs.

23

BELLO LOZANO, Humberto: *Historia de las fuentes e instituciones jurídicas venezolanas*, 4<sup>ta</sup> ed. aumentada y corregida, Librería Lógica C.A., Caracas, 1966, 542 págs.

24

BELLO LOZANO, Humberto: "Fundamentos de la historia del Derecho", RFDUSM, 1972, N° 1, págs. 39 y sigs.

25

BREWER-CARÍAS, Allan R.: *Evolución del régimen legal de la economía (1939-1979)*, Ediciones de la Cámara de Comercio de Valencia, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, 205 págs.

26

CARRILLO BATALLA, Tomás Enrique: *Historia de la Legislación venezolana*, Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y sociales, Serie Estudios, Tomo I, Caracas, 1984 450 págs.: Tomo II, Caracas, 1985, 285 págs. y Tomo III, Caracas, 1985, 355 págs.

27

CORSI, Luis: "Ochenta años del Código de Comercio", RF, 1999, 3 de noviembre, N° 11.905, págs. 1 a 2.

28

CORSI, Luis "La personalidad histórica del Derecho venezolano", RF, 1999, 13 de diciembre, N°11.945, págs. 1 a 3.

29

GIL FORTOUL, José: *Historia Constitucional de Venezuela*, 3<sup>ra</sup> ed. Revisada, Caracas, MCMXCIII.

30

GONZÁLEZ, Manuel: *Historia del Derecho*, Librería La Lógica C.A., Caracas, 1985, 550 págs.

31

SÁNCHEZ, Jesús Leopoldo: *La historia del Derecho en la Universidad*, BACPS, 1980, 1981, N° 82-83, pág. 91 y sigs.

32

ZULOAGA, Nicomedes: “ Datos históricos sobre la codificación en Venezuela”. RMJ, 1959, Nº 29, págs. 33 a 53.

#### **4.- Títulos-valor impropios: tarjetas de crédito**

33

BENTACOURT Y GALÍNDEZ, Enrique: “Tarjetas de crédito”, RCDLJ, 1976, Nº3, págs. 56 a 57

34

BENTACOURT Y GALÍNDEZ, Enrique: *Desde el trueque hasta la tarjeta de crédito*, Caracas, 1980, s.p.i.

35

GARCÍA MONTOYA, Luis-VERNE DE CALDERA: *Comentarios sobre la tarjeta de crédito*, s.p.i.

36

KRIVOY, Ruth de: “Tarjeta de créditos”, RBCV, 1970, Nº299-301, págs. 11 a 15

37

LANDÁEZ OTAZO, Leoncio: *La tarjeta de crédito*, Editorial La Imprenta, Mérida, 1980, 71 págs., 2<sup>da</sup> ed. Ampliada, revisada y actualizada (Prólogo de Alfredo Morles Hernández), Fondo Editorial Sentido, Caracas, 1998, 217 págs.

38

VELÁSQUEZ, José Ángel: “ La experiencia venezolana en tarjetas de crédito”, BBSS, mayo 1978, poágs.29224 y sigs.

39

VITALE F., Alfredo: “Tarjetas de crédito o la reforma al Código de comercio venezolano”, JDM, Caracas, 1978, págs. 135 a 150.

40

VITALE F., Alfredo: “Tarjeta de crédito. Régimen legal y contractual. Visión general de esta operación bancaria”, EDMHJEN, 1990, págs.117 a 136.



## 5.- Títulos al portador

41

MANRIQUE PACANINS, Gustavo: "Títulos al portador", RCP, Caracas, 1913-1914, t. IV. Págs. 221 a 223.

42

PÉREZ, Néstor Luis: "La reivindicación de los títulos al portador en el derecho venezolano (Artículo 136 del Código de comercio)", RU, 1912, págs. 342 a 348.

43

PÉREZ, Nestor Luis: "Títulos al portador rotos, deteriorados y títulos destruidos", RU, 1912, págs. 391 a 401.

## II. TÍTULOS-VALOR CREDITICIOS

### 6.- Letra de cambio

#### 6.1.- Obras y aspectos generales

44

ARGÜELLO LANDAETA, Israel: *La letra de cambio*, Editorial J. Alva, Caracas, 1987, 150 págs.

45

ARGÜELLO, Israel: "Letra de Cambio", RFDZ, 1966, N°17 págs. 89 a 153.

46

ARISMENDI A., José Loreto: *Títulos de créditos: Letras de cambio en Venezuela*, Caracas, 1976, 608 págs.

47

BÁRBARA CARRAZZONI, Rafael: *La letra de cambio, cheque y pagaré*, Caracas, 1980, 30 págs.

48

BARBOZA PARRA, Eloy Saúl: *Derecho Mercantil (Manual Teórico-Práctico)*, McGraw-Hill Interamericana de Venezuela S.A., 5<sup>ta</sup> ed., Caracas, 1998, 613 págs.

49

BELLO, Antonia María: "Letra de Cambio. Ligeras anotaciones de derecho comercial", PRO, t. II, 1919, Nº38, Págs. 133 a 134.

50

BELLO LOZANO, Humberto: "Consideraciones a cerca de la letra de Cambio", RCADF, 1962, Nº119, págs. 89 a 85.

51

BORJAS H., Leopoldo A.: "Dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia en materia de letra de cambio", RDP, 1985, Nº 2-1, págs. 135 a 144.

52

DE SOLA, René: *El derecho venezolano sobre la letra de cambio*. (Explicaciones de clase). Caracas, 1965, 141 págs.

53

DE SOLA, René: "Una letra de cambio librada por El Libertador", AFDULAN, 1983-1984, Nº 13, págs. 53-60; BANH, 1981, Nº 253, págs. 75-86. (Hay separata), y RDM, 1986, Nº 1.

54

FEO, Ramón: "Diferencias entre el sistema cambiario francés y el sistema del código de comercio venezolano de 1873", RDL, T. XIV, 1925, págs. 70 a 75.

55

GARCÍA TORRES, J.S.: "Letra de Cambio, Títulos de Créditos", PRO, t. II, 1919, Nº 21, Págs. 204 a 206.

56

GIMÉNEZ ANZOLA, Hernán: "Letra de cambio. Comentario crítico de algunas decisiones recientes de la Corte Suprema de Justicia", RFD, 1964, Nº28, págs. 161 a 186.

57

HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio: "Capacidad y forma en materia de letra de cambio en la nueva Ley de Derecho Internacional Privado". RDM, 1997, N°. 22-23, págs. 3 a 19.

58

LANDER GALLEGOS, Rómulo: "Los pagarés o vales a la orden entre comerciantes o emanado de actos de comercio de parte del obligado y la letra de cambio", VJ, 1936, tomo 1, N° 1, págs. 15 a 21.

59

LUCENA SALMORAL, Manuel: "Los instrumentos de cambio en Caracas a comienzos del XIX", RCF, 1983, N°110, págs. 1 a 11.

60

MANRIQUE SISO, Manuel: El comerciante, las compañías y la letra de cambio, 1975, 15 págs.

61

MENDOZA, Carlos: *Los efectos del comercio*, 1925.

62

MENDOZA, José Rafael: *Lo fundamental en la letra de cambio*, Barquisimeto, s/f.

63

MORALES, Carlos: Estudio sobre la letra de cambio en el Código de Comercio venezolano, 3<sup>era</sup> ed., Caracas, 1954, 175 págs.

64

PÉREZ, Nestor Luis: "La Letra de Cambio. Estudio económico-jurídico" RDL, t.XXVIII, 1939, págs. 3 a 17 y 49 y sigs.

65

PÉREZ, Néstor Luis: "La Letra de Cambio", RDL, t.XXIX, 1940, págs 112 a 124.

66

PÉREZ, Néstor Luis: *La Letra de Cambio y el Cheque*, Caracas, 1976, 102 págs.

512

67

PERRE TAPIA, Oscar E.: *La letra de cambio en el derecho venezolano*, (Doctrina, legislación y jurisprudencia nacional), Caracas, 1975, 657 págs.

68

PISANI RICCI, María Auxiliadora: *Letra de cambio*, Forum Editores C.A., Caracas, 1990, 198 págs. (Sucesivas reimpresiones).

69

REGNAULT M., Blas: *Estudio sobre la letra de cambio*. 2<sup>da</sup> ed., Valencia, 1977, 158 págs.

70

ROTONDI, Mario: "Interés comparado del estudio de la letra de cambio en el derecho inglés", RFD, 1958, Nº16, págs. 71 a 84.

71

SÁNCHEZ PIÑA, Germán: "Derecho cambiario. Estudio crítico sobre la sentencia dictada por la Corte Casación (Sala Civil, Mercantil y del Trabajo, el día 10 de noviembre de 1959)", RCAF, 1961, Nº 117, págs.

72

SANOJO, Luis: *Exposición del Código de Comercio con su texto*, Caracas, Imp.Nacional, 1874, 2 vols.

73

TINOCO G., Alejandro: *Anotaciones de Derecho Mercantil*, editorial La Torre, Caracas, s/f.

74

VEGAS ROLANDO, Nicolás: *Instituciones de Derecho Cambiario (Títulos Negociables)*, Livrosca C.A., Caracas, 1995, 216 págs.

75

VEGAS ROLANDO, Nicolás – LEÓN, Dagmar – DIAZ, Freddy: *Jurisprudencia selectiva de los títulos negociables (Maximario de jurisprudencia sobre la letra de cambio, pagaré y cheque)*, Editorial Panapo C.A., Caracas, 1994, 238 págs.

## 6.2.- Fuentes

76

ARCAYA, Mariano: *Código de comercio, (Anotado concordado con otra leyes, jurisprudencia de los tribunales de Instancia y casación, así como también, en síntesis, los comentarios de los más inseguros tratados patrios sobre la materia y con algunas notas del autor)* Ediciones Schnell C.A., Caracas, 1979, 4 tomos.

77

ARISMENDI, José Loreto: *Código venezolano vigentes, comparados y anotados con los de otras legislaciones*, Caracas, Tipografía América, 1909.

78

BORJAS H., Leopoldo A.: "Identificación de las fuentes del proyecto de ley, letra de cambio, pagaré y cheque, elaborado por el Instituto de Derecho Privado para el Congreso de la República". RDP, 1987, N° Único. págs. 97 a 102 y RFCJP, 1988 N°69, págs. 175 a 190.

79

CALVO BACA, Emilio: *Código de Comercio venezolano, comentado y concordado*, Ediciones Libra, Caracas, 1985, 1349 págs.

80

CONVENCIÓN DE GINEBRA: "Ley Uniforme sobre Letra de Cambio del 7 de junio de 1930", RFD, 1957, N° 11, págs. 193 a 204.

81

GRISANTI, Carlos F.: "Reformas necesarias al Código de comercio de 1873. (Discurso)", RMJ, 1960, N° 33, págs. 35 y sigs.

82

HERNÁNDEZ BRETÓN, Armando: *Código de Comercio venezolano, Colección Avandina*, Ediciones La Torre, 14ª ed. aumentada y corregida, Caracas, 1980

83

LAZO, Óscar: *Código de Comercio de Venezuela, concordado y anotado de acuerdo con la legislación nacional y la jurisprudencia de Casación y de Instancia*. Caracas, Ed. Legis, S.A., 1963.

84

MANTERO DE SAN VICENTE, Oswaldo: "Estudio comparativo de la legislación sobre letra de cambio en la Convención de Ginebra y en el Proyecto de la Ley Uniforme de Títulos Valores para América Latina", *Boletín de Derecho Comparado*, 1983, Caracas, págs. 97 a 136.

85

PARRA ARANGUREN, Gonzalo: "La Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagares internacionales", *RFDUCAB*, 1989, Nº41 págs. 11 a 235.

86

PINEDA-LEÓN, Pedro: *Principios de Derecho Mercantil*, Mérida, C.A. Artes Gráficas, 1943, 6<sup>ta</sup>. ed., aumentada y corregida, Talleres Gráficos Universitarios, Mérida, 1982. 509 págs.

87

PISANI RICCI, María Auxiliadora: "Las normas de la Ley Uniforme de Ginebra sobre letra de cambio y pagará y el anteproyecto venezolano de Ley de Títulos Valores 1984", 1989, *II JIDM*, págs. 711 a 742.

88

RIVAS, Angel César: "La uniformidad de las leyes concernientes a la letra de cambio y la conferencia internacional de La Haya", *RDL*, T. I, 1911-1912, págs. 27 a 32

89

SANOJO, Luis: 1819 a 1879: *Código de Comercio explicado y comentado*, Caracas, Imp. Al vapor por Heliodoro López. 1862

90

VENEZUELA, Leyes, Decretos, etc. Ministerio de Justicia: *Código de Comercio*, sancionado por el General Guzmán Blanco. Edición Oficial. Caracas Imp.Nacional, 1873.

91

VENEZUELA, Leyes, Estatutos, etc.: *Código de Comercio de los Estados Unidos de Venezuela*, Edición Oficial, Caracas, Imp.Bolívar, 1904.

92

VENEZUELA, Leyes, estatutos, etc.: *Código de Comercio de Venezuela*, según el texto oficial. Notas de jurisprudencia y repertorio alfabético, por Luis Loreto, Francisco Carsi Zacarés y Julio Vásquez. Caracas Ed. "Andrés Bello" 1956.

93

VENEZUELA, Leyes, estatutos, etc.: *Código de Comercio de Venezuela y Ley de reforma parcial del Código de Comercio de 1955...* Anotaciones a la exposición de motivos... Por Julio César Acosta. Caracas Ed.Garrido.1955.

94

VENEZUELA, Leyes, estatutos, etc.: *Código de Comercio de Venezuela de 1955, Ley de reforma parcial del Código de comercio...* (2da ed. de acuerdo con la Gaceta Oficial de... 21 de Diciembre de 1955, N° 475 Extraordinaria). Anotaciones a la exposición de motivos por Julio César Acosta. Caracas Ed.Garrido 1956.

95

VENEZUELA, Leyes, estatutos, etc.: *Código de Comercio de Venezuela, según texto oficial*. Repertorio alfabético de la compilación legislativa de Venezuela por A. Pulido Villafañe. Caracas. Ed. Andrés Bello.

**6.3.-Historia de las fuentes**

96

ACOSTA, Julio César: *El Proyectista y el legislador en la reforma del Código de comercio en el a1955 (Compilación, glosa y comentarios)*, Imp. Nacional, 1956, 190 págs.

97

ARAUJO GUTIÉRREZ, Alberto: “Un comentario a la reforma mercantil”, APDV, Nº 76-78, 1978, págs. 332 a 334.

98

BORJAS, Leopoldo: “Desarrollo de la legislación mercantil en Venezuela” RFDUCAB, 1971 a 1972, Nº14, págs 9 a 37. Esta importante contribución a la historia del derecho mercantil integra sus Instituciones de Derecho Mercantil (Los comerciantes), Ediciones Schnell C.A., Caracas, 1973, págs.71 a 103.

99

CHIOSSONE, Tulio: *Formación Jurídica de Venezuela en la colonia y en la República*, Caracas, 1980.

100

CORSI, Luis: *Aproximación histórica al estatuto cambiado venezolano*, Caracas, 1986,167 págs.

101

GRISANTI LUCIANI, Héctor: “Historia del Código de comercio de 1904”, APDV, 1981, Nº118-120, Vol.XL, págs 413 a 415. Ampliado y profundizado en RCF, 1983, (Hay separata de 20 págs.).

102

GOLDSCHMIDT, Roberto: “Problemas de la reforma del Derecho mercantil venezolano, (Estudio comparativo)”, *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, 1954, Barcelona, España, Nº 3, págs. 25 a 54.

103

MARTÍNEZ ESPINO O., Félix: “La reforma del Código de comercio y nuestra Cámara” BCCC, 1973, Nº 720, págs. 26100 a 26106.



104

MORALES, Carlos: "Un curioso cambio de la letra de cambio", RMJ, N°55-56 págs.59 a 61.

105

MUCI-ABRAHAM, José: *El estatuto cambiario venezolano. Estudio histórico y documental*, Caracas, 1966.

106

PÉREZ PERDOMO, Rogelio: "Teoría y práctica en la temprana República (Venezuela, 1821-1870)", POLITEIA, 1982, N° 11, págs. 313 a 374.

107

RIVAS, Ángel César: "El Derecho de Comercio de cambio de quiebra y marítimo de Venezuela". RFDUCAB, 1971-1972, N° 13, págs. 203 a 283.

108

ZAMBRANO VELAZCO, José Alberto: *La reforma legal en Venezuela*, Caracas, 1965.

#### **6.4. - Evolución histórica de la letra de cambio**

109

CORSI, Luis: "Antecedentes históricos de la letra de cambio", RF, 1999, 12 de diciembre, N° 11.9444, págs. 1 a 3.

110

EGAÑA ARNAL, J, M.: "Sobre la letra de cambio, evolución histórico-jurídica de la letra de cambio", RCP, T.V, 1912-1913, págs.121 a125.

## **6.5. - La Creación de la letra**

### **6.5.1. La declaración cambiaria originaria o fundamental**

111

DE SOLA, René: "Causa en la letra de cambio", RAYAS, 1962, Nº 3-4, págs. 36 a 38.

112

HUNG VAILLANT, Francisco: "Capacidad en el Derecho cambiario", RAYAS, 1962, Nº 2, págs. 39 a 44.

113

JANNE, Xavier: "Ligeras anotaciones sobre la letra de cambio consideradas desde el punto de la situación del crédito que se debe al portador", ASTBO, Nº 7, págs. 183 a 186.

114

PALMA LABASTIDA, M. A.: "Letra de cambio causada". (Encuesta jurídica), RAYAS, 1962, Nº 3-4, págs. 45 a 49.

115

VEGAS ROLANDO, Nicolás: "¿El expresar la causa de la letra de cambio la desvirtúa como título autónomo y abstracto?" (Encuesta jurídica), RAYAS, 1962, Nº 3-4, págs. 39 a 44.

### **6.5.2. Capacidad cambiaria**

116

HUNG VAILLANT, Francisco: "Contribuciones al estudio del Derecho cambiario venezolano", RFD, 1961, Nº 22, págs. 363 a 401.

### **6.5.3. La forma de la letra en general: requisitos**

117

BORJAS H., Leopoldo A.: "Una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declara válida la letra de cambio librada por, a la orden y en contra de la misma persona", RDP, 1984, Nº 1-2, págs. 185 a 190.

118

CÁMARA DE COMERCIO DE CARACAS: "La letra de cambio debe pagarse a su vencimiento". (Editorial), BCCC, enero 1972, pág. 24.414.

119

CORSI, Luis: "El problema de los equivalentes en la letra de cambio", RCADF, 1993, N° 152, págs. 31 a 36.

120

GOVEA, Luis Guillermo (h.): "Notas introductorias al estudio del vencimiento de la letra de cambio", RFDZ, 1976, N° 48, págs. 65 a 71.

121

HUNG VAILLANT, Francisco: "Requisitos formales de la letra de cambio". RFA, 1961, N° 22, págs. 363 a 387.

122

MARTÍNEZ VILLASMIL, Antonio: *Validez de la letra de cambio*. Publicaciones Escritorio Jurídico de Abogados, Caracas, 1964, 86 págs.

123

MATTHYAS LOSSADA, Eduardo: "Nuestra letra de cambio. Letra girada a la orden del propio librador", RCAZ, 1938, N° 32-33, págs. 1150 a 1155.

124

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: "Algunos desarrollos jurisprudenciales en materia mercantil adjetiva y sustantiva (1996)", LHXJJSNA, 2000, págs. 155 a 161.

125

MUCI-ABRAHAM, José: "Reflexiones sobre el vencimiento de la letra de cambio". (Dogmática cambiaria y crítica jurisprudencial. Comentarios a las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia el 31 de julio de 1963 y el 29 de octubre de 1963), RCADF, 1965, N° 129, págs. 143 a 197.

126

VILLALOBOS, Horacio Guillermo: "Domiciliación de la letra de cambio en la banca comercial", JDM, 1978, págs. 385 a 403.

**6.5.4. Letra incompleta y letra en blanco**

127

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: "Algunos desarrollos jurisprudenciales en materia mercantil adjetiva y sustantiva (1996)", LHXJJSNA, 2000, págs. 155 a 161.

**6.5.5. Cláusulas cambiarias potestativas**

128

CORSI, Luis: *La cláusula "sin protesto"*. Corsi & Govea Editores C.A., Caracas, 1991, 136 págs.

129

"Confección de la letra de cambio: la cláusula sin protesto". *Informaciones Comerciales y Jurídicas*, No. 1 Caracas, págs. 5 a 12

130

MORALES, Carlos: "La cláusula sin aviso y sin protesto". *Obras Completas*, V.II, Caracas, 1972, págs. 435 a 445.

**6.5.6. Amortización de la letra**

131

CORSI, Luis: "Amortización de los títulos cambiarios (Pérdida, sustracción y deterioro)", RFDUCAB, 1999, No. 153, págs. 153 a 158.

132

CHACÓN, Carmen; BARREIRO, Ceferino Miguel; CAMBA TOME, Ricardo, y CALZADILLA, Juan G.: "Del extravío, sustracción, pérdida y destrucción de los títulos-valores", LHJBF, Caracas, 1985, I, págs. 163 a 208.

133

GOVEA, Luis Guillermo: "El extravío de títulos – valores en la legislación venezolana", RCAZ, N° 172, págs. 3 y sigs.

#### **6.6. La aceptación de la letra**

134

PISANI RICCI, María Auxiliadora: "De la aceptación de la letra de cambio", Tesis de doctorado, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1989.

135

PISANI RICCI, María Auxiliadora: "De la aceptación de la letra de cambio", LHJMO, Caracas, UCV, 1983, págs. 787 a 814.

#### **6.7.- La circulación de la letra**

136

BRAVO BRAVO, Héctor: "El endoso después del vencimiento de la letra de cambio", *Páginas de Opinión Jurídica*, Barquisimeto, 1992, pág. 97 a 100.

137

CARRASQUERO RAMOS, Enrique: *El endoso*, Tesis de Grado, UCV, Caracas, 1955.

138

JUZGADO SEGUNDO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO MERCANTIL DE LA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL DEL DISTRITO FEDERAL Y DEL ESTADO MIRANDA: "Sentencia en la cual se establece que el endoso de una letra de cambio se perfecciona cuando se verifica la entrega del título al endosatario, RFD, 1970, N° 45, págs. 221 a 223.

139

LORETO, Luis: "Endoso al cobro y legitimación a la causa", RCAFDF, 1970, N° 138, págs. 11 a 26, y en *Ensayos Jurídicos*, Colección Grandes Juristas Venezolanos, ed. Fabretón, Caracas, 1970, págs.

445 a 460 y en *Ensayo Jurídico* Fundación Roberto Goldsghmidt, Editorial Jurídica Venezolana, 2<sup>da</sup>. ed. ampliada y refundida, Caracas, 1987, pág. 163 a 176.

140

MARTÍNEZ, Rogelio: La transferencia de los títulos de créditos con fines limitados. Tesis, UCV, Caracas, 1956.

141

MENDOZA, José Rafael: "El endoso requiere fecha", RF, 1977, N°3954, págs. 25. y sigs.

142

MUCI-ABRAHAM, José: "Aspectos de la declaración cambiaria de endoso" RCADF, 1964, N°127-128, págs. 111 a 148.

143

MUCI-ABRAHAM, José: "Anotaciones sobre el endoso por procuración", Caracas, 1964, 285 págs.

144

SÁNCHEZ PIÑA, Germán: "¿El endosatario al cobro de una letra de cambio puede actuar judicialmente?", RCADF, 1962 N° 122.págs.191 a 194.

145

SPINETTI ISEA, Humberto: *Breves anotaciones sobre el endoso en la letra de cambio según la legislación venezolana*, Caracas, 1967.

### **6.8. -El aval.**

146

BARBOZA PARRA, Eloy Saúl: "Consideraciones sobre la indicación del caucionado cambiario en la letra de cambio", AFDULAN, 1969, N°1, págs.139 a 151.

147

CORSI, Luis: "El aval de la letra de cambio", BCCC, Mayo 1978,págs.29234 y sigs.

148

HENRÍQUEZ CEDRARO, Luis: "Indicaciones prácticas sobre el aval en la letra de cambio" *Informaciones Comerciales y Jurídicas*, N° 2, págs. 5 a 8.

149

INSTITUTO INTERNACIONAL DE ROMA PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: "Informe sobre la fianza, el aval y el seguro de créditos cambiarios en conexión con el reglamento uniforme sobre letras de cambio". (Traducción de Augusto Matheus Pinto), *RFD*, N°22,1961, págs.

150

MATHEUS PINTO, Augusto: "El aval", *RFD*, 1962, N°22, págs. 363 a 401.

151

MUCI-ABRAHAM, José: "Una consulta sobre aval", *RF*, 1967, N° 360, págs.15 y sigs.

152

PEÑA CASTILLÓN, Gilberto: "La regulación del aval, las garantías, su crisis y el aval", *IJJDM*, Caracas, 1989, págs.743 a 798.

153

SÁNCHEZ PIÑA, Germán: "¿El endosatorio al cobro de una letra de cambio puede actuar jurídicamente?", *RCADF*, 1962, N°122. págs.191 a 194.

154

SOLÓRZANO ESCALANTE, Rafael: "El avalista del aceptante. Su acción de reembolso es cambiaria" *RF*, 1974, N° 2688, págs.70 y sigs.

## **6.10. -El pago de la letra**

### **6.10.1 Pago ordinario: letra domiciliada**

155

VILLALOBOS, Horacio Guillermo: "Domiciliación de la letra de cambio en la banca comercial", *JDM*, 1978, págs. 385 a 403.

524

**6.10.2. Pago por consignación**

156

GONZÁLEZ MÁRMOL, Ismenia; GRAVINA ALVARADO, Isnelda; HERNÁNDEZ LEANDRO, Eloína; MACIAS PAVÓN, Juan: “Consignación cambiaria”, RFDUSM, 1984, Nº 16, págs. 157 a 180.

157

MUCI-ABRAHAM, José: *La consignación en depósito de la deuda cambiaria. Análisis del Artículo 450 del Código de Comercio venezolano*. Caracas, 1967.

158

PÉREZ PERDOMO, Rogelio: “Los efectos de la consignación en depósito y la extinción de la obligación cambiaria”, RCADF, Nº 33, págs. 135 a 147.

**6.10.3. Pagos extraordinarios: pago en vía de regreso**

159

MUCI-ABRAHAM, José: “El regreso anticipado o prematuro en materia cambiaria”, RCDLJ, 1982, Nº 27, págs. 145 a 152.

**6.10.4. Acciones que tutelan el pago de la letra**

160

CORSI, Luis: “Aspectos de la tutela del crédito cambiario”, LAHJMH, 1994, págs. 145 a 174.

**6.10.4.1 Las acciones cambiarias**

161

ARDILA BUSTAMANTE, Hugo: *Criterio para calificar las acciones cambiarias*, Tesis de Grado, UCV, Caracas, 1925.



162

BORJAS, Leopoldo: "Las acciones cambiarias y la acción causal", EDMHJEN, Maracaibo, 1990, págs. 29 a 64.

163

CARDOZO, Manuel: "Indecorosa y delictual actuación en cobro de letras de cambio", RCADF, 1980, N° 142, págs. 253 a 255.

164

CORSI, Luis: "Las acciones cambiarias", BCCC, abril 1978, No. 773, págs. 29174 a 29178.

165

EGAÑA ARNAL, J.M.: "Acciones cambiarias", RCP, T.V. 1912-1913, págs. 237 a 249.

166

EGAÑA ARNAL, J.M.: "Acciones cambiarias (Fragmento de un estudio)", RU, 1913, págs. 163 a 167.

167

MÉLICH ORSINI, José: "Acción cambiaria y contrato de descuento bancario (Voto salvado)", RDM, 1989, N° 7 y 8, págs. 299 a 314.

168

PIETRI, Alejandro: "Acción cambiaria (Alegatos Forenses)", RDL, T. XXII, 1933, págs. 113 a 125 y págs. 227 a 248.

169

PIETRI, Alejandro: "Acción cambiaria acción de la relación fundamental", RDL, T. XXXIX, 1950, págs. 1 a 6.

170

PISANI RICCI, María Auxiliadora: "Acción Cambiaria y contrato de descuento bancario. Cláusula de pago en moneda extranjera. Régimen de intereses", RDM, 1988, N° 6, págs. 251 a 257.

171

RONDÓN CASTRO, Martiniano: *La acción cambiaria en el derecho venezolano*, Tesis de Grado, UCV, Caracas, 1963.

172

SOLÓRZANO ESCALANTE, Rafael: “ El avalista del aceptante. Su acción de reembolso es cambiaria”, RF, 1974, Nº. 2688, p. 70 y sigs.

6.10.4.2. Prescripción de las acciones cambiarias

173

DUGARTE, Marí Teresa – FORTUOL DE GRAU, Olga Teresa – HERRERA, Ana Virginia – MORENO NATERA, Ramón E. – ORNES DE MONTANER, Fanny. “La prescripción y caducidad en los títulos valores, RFDUSM, Nº 16, 1984, págs. 37 a 39

174

SÁNCHEZ PIÑA, Germán, “Portador legítimo de la letra de cambio”, RCADF, 1966, Nº 131, págs. 113 a 120.

175

SÁNCHEZ PIÑA, Germán, “Prescripción de la acción de reembolso que tiene el avalista del aceptante cuando paga la letra de cambio”, RCADF, 1971, Nº 139, págs. 47 a 50.

6.10.4.3. La acción de enriquecimiento injusto

176

CORSI, Luis: “Algunos aspectos de la acción de enriquecimiento sin causa en materia cambiaria”, RF, 1999, 28 de enero, Nº 11.630, págs. 1 a 2.

**6.11.- Conflictos de leyes**

177

ARISTIMUÑO COLL, Carlos: La letra de cambio en el Derecho Internacional Privado, Tesis de Grado, UCV, Caracas, 1902.

178

DOMÍNGUEZ, Cruz María: La letra de cambio en el Derecho Internacional Privado, Tesis de Grado, UCV, Caracas, 1906.

179

HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio: "Capacidad y forma en materia de letra de cambio en la nueva Ley de Derecho Internacional Privado". RDM, 1997, N°. 22-23, págs. 3 a 19.

180

MORALES, Carlos: "El conflicto de leyes en materia de cambio", *Estudios Jurídicos*, Caracas, 1943, págs. 111 a 115

## **7.- El pagaré**

### **7.1.- Obras generales**

181

CORSI, Luís: *El pagaré a la orden*, Caracas, 1984, 251 págs.

182

BÁRBARA CARRAZZONI, Rafael E: *La letra de cambio, cheque y pagaré*, Caracas, 1980, 30.págs.

183

VEGAS ROLANDO, Nicolás - LEÓN, Dagmar - DIAZ, Freddy: *Jurisprudencia selectiva de los títulos negociables (Máximo de jurisprudencia sobre la letra de cambio, pagaré y cheque.)*, Editorial Panapo C.A., 1994, 238 págs.

### **7.2.- Fuentes**

184

CORSI, Luis: "Modernización de la legislación sobre pagarés", IIIJDM, Caracas, 1989, págs.799 a 822.

### **7.3.- Naturaleza jurídica**

185

ÁSCOLI, Alfredo: "Sobre la naturaleza jurídica de un pagaré a la orden en el derecho venezolano (parecer)", RDL, T.XVI, 1933, págs.57 a 61.

528

186

CAPITANT, Henri: "Parecer ¿A cuál de las dos teorías sobre los efectos del comercio se adhiere el Código de Comercio venezolano de 1919?", RDL., T.XVI, 1927,págs 143 a 488.

187

LANDER GALLEGOS, Rómulo: "Los pagarés o vales a la orden entre comerciantes o emanados de actos de comercio de parte del obligado y la letra de cambio", VJ, 1936, t. 1,Nº 1,págs.15 a 21.

188

LA LUMIA, Isidro: "Sobre la naturaleza jurídica de un vale a la orden en el derecho venezolano", RDL, T XXLL, 1933,págs.79 a 83.

189

MEÍZARAS REYES, Maritza-PLAZA ANSELMÍ, Carlos: "Análisis sobre la naturaleza y validez de los pagarés emitidos por el Banco Central de Venezuela a la orden de los importadores que tenían acceso a adquirir dólares a tasa de cambio preferenciales". RDP, 1991-1992. Nº 8-9 único. págs. 57 a 88.

190

PITTIER SUCRE, Emilio: "Pagaré y prueba de la relación subyacente", RF, 1966, t. 1, págs. 15 y sigs.

#### **7.4. - Requisitos formales**

191

CORSI, Luis: "El pagaré por cuotas", RCDLJ, 1984, Nº 32 págs.225 a 228.

192

CORSI, Luis: "La clausula "sin protesto" en el pagaré", RCADF, 1991, Nº XX, págs. 219 a 230.

193

GOVEA, Luis Guillermo: "El impuesto del timbre fiscal en las letras de cambio y en los pagarés cambiarios", RDM, 1986, Nº 2, págs. 81 a 15.

194

LACOUR, L: "Opinión sobre los efectos jurídicos del pagaré, a la orden que no contiene la mención de "valor recibido". RDL, T.XIX, 1930, págs. 151 a 153.

195

MUCI-ABRAHAM, José: "La estipulación de intereses en el pagaré" RFDUCAB, 1965-1966, N° 1, págs.100 y sigs.

196

NAVARRINI, Humberto: "Pagaré a la orden que contra lo dispuesto en el artículo 491 del Código de Comercio venezolano no contiene la enunciación del valor recibido", RDL, t, XVI, 1927, págs. 97 a 100.

#### **7.5. - Pago del pagaré**

197

NAVARRINI, Humberto: "Pagaré a la orden que contra lo dispuesto en el artículo 491 del Código de Comercio venezolano no contiene la enunciación del valor recibido", RDL, t.XVI, 1927, págs. 97 a 100.

198

SILLERY LOPEZ DE CEBALLO, Ricardo: "La garantía de la cédula hipotecaria bancaria", RFDUCAB, 1996-1997, N° 4, págs. 94 a 161.

#### **7.6. - Conflictos de leyes**

199

BORJAS H, Leopoldo A: "Ley aplicable a la forma de los pagarés suscritos en Venezuela", RDP, 1986, N° 3-3, págs.5 a 9.

## 8. - El cheque

### 8.1. - Obras generales

200

BÁRBARA CARRAZZONI, Rafael E: *La letra de cambio, cheque y pagaré*, Caracas, 1980, 30, págs.

201

BARBOZA, Luisa Orta de: "El cheque y la letra de cambio (Lecciones de Derecho Mercantil)", Mc Graw-Hill Interamericana, Caracas, 1988, 195 págs.

202

CORSI, Luis: "La progresión del estatuto cambiario venezolano y el ordenamiento del cheque" RCADF, 1970, Nº 38, págs. 62 a 68.

203

DOMÍNGUEZ ESCOBAR, José: "El cheque", RCAL, Anuario, 1972, págs.173 a 184.

204

FIRTS/NATIONAL CITY BANK DE CHILE: "Sociedad sin cheques", BCCC, Octubre 1969, págs.22336 y sigs.

205

GOLDSCHMIDT, Roberto: *La letra de cambio y el cheque en la legislación venezolana*, Caracas, 1963, 2<sup>da</sup>. ed.1974.

206

GOLDSCHMIDT, Roberto: Algunos aspectos sobre la legislación venezolana sobre cheque, Caracas, 1964.

207

GONZÁLEZ A, Jesús Enrique: *El cheque (conceptos generales)*, Caracas, 1938, 14, págs.

208

GONZÁLEZ A, Jesús Enrique: *El cheque*, Tesis de Grado, UCV, Caracas, 1938.

209

GUZMÁN, Pedro (h): "El cheque", RCADF, 1940, N° 21.

210

HUNG VAILLANT, Francisco: *El cheque en el proyecto de Ley de Títulos Valores y Operaciones Bancarias*, Caracas, 1964, 64 págs.

211

LANDÁEZ OTAZO, Leoncio: *El cheque: enfoque de algunos aspectos fundamentales: (Presentación del Dr. José Muci-Abraham)*, Valencia, 1979, 321, págs.

212

MATUTE LANDER, Ennio: "Legislación venezolana del cheque", Caracas, Tesis de Grado, UCV, Caracas, 1956.

213

PALMA LABASTIDAS, M.A: "El Cheque", RF, 1973, N° 2311, págs. 48 y sigs.

214

PÉREZ NÉSTOR, Luis: "Sobre el cheque", RDL; T.XI, 1922, págs. 3 a 29 y en RCAZ, 1940, Nros.61 a 62, págs.2127 a 2149.

215

REGNAULT, Blas: *El cheque en la legislación venezolana*, Caracas, 1978, 386 págs,

216

REVERÓN M, Rodolfo: *Algunos aspectos del cheque y su falsificación*, Tesis de Grado, UCV, Caracas, 1947.

217

RUIZ ROJAS, Rigoberto: *El cheque*, Caracas, 2<sup>da</sup> ed., 1972.

218

VEGAS ROLANDO, Nicolás- LEÓN, Dagmar- DIAZ, Freddy: *Jurisprudencia selectiva de los títulos negociables (Maximario de jurisprudencia sobre la letra de cambio, pagaré y cheque)*, Editorial Panapo C: A., Caracas, 1994, 238 págs.

219

WHAL, Albert: "El estatuto del cheque", (traducción), RCAZ, Nº 12 págs. 431 a 434.

### **8.2.- Fuentes**

220

CONVENCIÓN DE GINEBRA: "Ley Uniforme sobre el Cheque, del 19 de marzo de 1931", RFD, 1957, Nº 13, págs. 193 a 204.

### **8.3.- Naturaleza del cheque**

221

AGUILAR, Eloy Humberto: "Cuándo un cheque se convierte en una letra de cambio", RCAL, 1981, Nº 25-26.

222

BONFANTL, Mario Alberto: "El cheque y los nuevos sistemas de movilización de dinero", IJIDM, Caracas, 1989, págs. 881 a 913.

### **8.4.- Emisión del cheque: modalidades**

223

MANRIQUE PACANIS, Gustavo: "Del visto bueno en los cheques", RCP, 1913-1914, t. V. Págs. 133 a 137.

224

MANRIQUE PACANIS, Gustavo: "Consideraciones sobre el cheque a término", RCP, t. V., 1912-1913, págs. 41 a 49.



225

MORALES, Carlos: "Del visto bueno en los cheques", RDL, t. II, 1912-1913, págs. 53 a 56.

**8.5.- El pago del cheque**

226

ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo: "Falsificación de cheques", *Ensayos Jurídicos*, 50 años de Mendoza, Palacios, Acedo, Borjas, Páez Pumar & Cía, págs. 29 a 54.

227

BORJAS, Leopoldo: "Falsificación de cheques bancarios y protección del Banco y sus clientes contra tenedores ilegítimos", RCADF, 1964, N° 127-128, págs. 9 a 18.

228

CÁMARA DE COMERCIO DE CARACAS: "Contra pérdidas y fraudes: pago por cheques", BCCC, sep. 1969, págs. 22.212 y sigs.

229

CID, Pío: "Protesto de cheques", ASTBO, 1927, N°35, págs. 272 a 280.

230

CORSI, Luis: "Responsabilidad del Banco por el pago de cheques falsificados o alterados", RF, N°11625, del 23 de enero de 1999, págs. 1 a 2.

231

GAMUS GALLEGO, Rafael: "La vigencia temporal del cheque", JDM, Caracas, 1978, págs. 327 a 345.

232

MORALES, Carlos: "Naturaleza jurídica del cheque y en especial, en la ley venezolana", *Estudios Jurídicos*, Tip, Caracas, Americana, 1942, págs. 55 a 61.

233

MUJICA RODRÍGUEZ, Rafael: "La validez del cheque postdatado", BCCC, abril 1963, págs. 16.538 a 16.547.

234

PISANI RICCI, María A.: "La caducidad en el cheque", RFDUCAB, 1991, Nº 43, págs. 445 a 462.

235

REVERÓN M., Rodolfo: "Algunos aspectos del cheque y su falsificación", Tesis de Grado, UCV, Caracas, 1970.

236

OCHOA, Oscar: "Deber de pagar cheque emitidos antes de la muerte del emitente", RFDUCAB, 1970-1971, Nº 11.

#### **8.6.- Falta de pago del cheque**

237

VADELL G., Juan V: *La pérdida de las acciones derivadas del cheque*, (Presentación de Leopoldo Borjas H.), Valencia, 1987, 120 págs.

#### **8.7.- La acción causal**

238

PARTIDAS ALZURU, Jorge Antonio: "El cheque causado", RCADF, 1966, Nº31, págs. 121 a 144.

#### **8.8.- El derecho penal del cheque**

239

CASAS RINCÓN, Cesar: "Trece razones para no pagar un cheque y el artículo 494 del código de comercio", BCCC, mayo 1956, págs. 15.726 a 15.733.

240

CHACÓN QUINTANA, Nelson: "El régimen penal del cheque", JIDM, Caracas, 1989, págs. 915 a 939.

241

GOLDSCHMIDT, Roberto "Algunos aspectos de la legislación venezolana sobre el cheque" RFD, 1963, N° 26, págs. 29 a 47 y en *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*.

242

GONZÁLEZ URBANEJA, Simón Andrés: *La protección del cheque en el Código de comercio de 1955*, UCV, Caracas, 1957, 149 págs.

243

GRISANTI FRANCESCHI, Andrés: "El cheque desprovisto", BCCC, mayo 1975, págs. 27.246 y sigs.

244

HIDALGO BERTI, Julio: "Emisión de cheques sin provisión de fondos", LVD, 1974, N° 1, págs. 11 a 13.

245

MARTÍNEZ RINCONES, José Francisco: "Breve estudio sobre el artículo 484 del Código de Comercio venezolano", AFDULAN, 1970-71, N° 2, págs. 171 a 184.

246

MARTÍNEZ RINCONES, F.: *La protección del cheque sin provisión en Venezuela*, Ediciones Cenipec, Mérida, 1984.

247

NARANJO OSTY, Rafael: *Consulta jurídica sobre cheque sin provisión de fondos*, Caracas, 1961.

### **8.9.- El cheque en el derecho internacional privado**

248

CORDIDO-FREITES, José Antonio: *A comparative study of conflicts of laws relating to cheques (and negotiable instruments in general), in the Latin-American and Anglo American legal Systems.*

**8.10.- Cheques especiales**

249

CORSI, Luis: "El cheque de gerencia", BCCC, Nº 777, agosto 1978, págs. 29381 y sigs. y en RCADF, 1976, No.141, págs. 51 a 61.

250

GOLDSCHMIDT, Roberto: "Algunos aspectos de la legislación venezolana sobre el cheque" RFD, 1963, Nº 26, págs. 29 a 47 y en *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*.

251

HUNG VAILLANT: "El cheque de viajero". *Ponencias Venezolanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Upsala, Caracas, 1966, págs. 347 a 384.

252

LANDÁEZ OTAZO, Leoncio: "Anotaciones en torno a una posible reforma de la legislación venezolana sobre cheques. (La definición del cheque y algunos conceptos especiales)", JDM, 1978, págs, 347 a 384.

253

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: "Cheque de gerencia", Jornadas José Santiago Nuñez Aristimuño, abril 1993, *reproducido en curso...*, cit. págs. 2.024 a 2.035.

254

SANDOVAL, Werther: "Cheques de viajero", El Nacional del 12 de noviembre de 1995.

255

SISO MAURY, Carlos: *El cheque de gerencia y la oferta real (Derogatoria parcial de un artículo de cpc por obsoleto)*, Caracas, 1984, 86 págs.

### **III.- TÍTULOS-VALOR REPRESENTATIVOS DE MERCANCÍAS**

#### **9.- El certificado de depósito**

256

BORJAS, Leopoldo: "Los almacenes generales de depósito y el depósito en almacenes generales", RGADF, 1970, N° 137, págs. 11 a 109.

257

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso...* cit., III, págs. 2.072 a 2.078.

258

TORO CISNEROS, René: *Funciones y efectos jurídicos de los títulos emitidos por las almacenadoras conforme a la Ley de Almacenes Generales de Depósito*. Almacenadora Caracas C.A., Caracas, s/f.

#### **10.- El bono de prenda**

259

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso...* cit., III, págs. 2.078 a 2.082.

#### **11.- La carta de porte**

260

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso...* cit., III, págs. 2.088 a 2.092.

#### **12.- El conocimiento de embarque**

261

ÁLVAREZ LEDO, Tulio: "Las cláusulas limitativas de responsabilidad en los conocimientos de embarque", RCMV, 1980, N° 1, págs. 107 a 124.

262

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo: *Curso...* cit., III, págs. 2.092 a 2.095.

263

BENTATA, Bernardo: "Transportes combinados. Responsabilidad del transportista y cuestiones relativas al conocimiento de embarque" en *El Derecho Venezolano a finales del siglo XX*, Academia de Ciencia Políticas y Sociales, Caracas, 1998.

### **13. Warrants**

264

LUZARDO, Delia,: *Los warrantes*, Caracas, 1945, 18 págs.

## **IV.- TÍTULOS-VALOR DE PARTICIPACIÓN**

### **14.- Las acciones**

#### **14.1 Obras generales**

265

ALMANDOZ, Carlos: *Diferencia entre la acción y la cuota de intereses en las sociedades civiles y comerciales*, Tesis de Grado, UCV, Caracas, 1936.

266

DELGADO CHAPELLÍN, Luis Henrique: *Acciones y cuotas. Generalidades y transferencia*, Tesis de Grado, UCV, Caracas, 1959.

267

MORALES, Carlos: "Apuntes Jurídicos I. ¿Pueden crearse con valores diferentes las acciones de una compañía anónima o es de consecuencia el valor igual?", RJ. T. IV, 1933, Nº 41-42, págs. 158 a 159.

268

NÚÑEZ, Jorge: "De la emisión de acciones en las compañías anónimas", RFDZ, 1968, Nº 23, págs. 107 y sigs.

269

NÚÑEZ, Jorge: "De los títulos valores emitidos por las sociedades anónimas", RFDZ, 1974, N° 41, págs. 25 a 72.

270

NÚÑEZ, Jorge: "De la emisión de acciones en las compañías anónimas", RFDZ, 1975, N° 45, págs. 73 a 140.

271

ZERPA, Trancredo R.: *Diferentes clases de acciones en las sociedades anónimas*, Tesis de Grado, UCV, 1949.

**14.2.- La acción como expresión de la condición de socio: derechos integrantes de la condición de accionista.**

272

ACEDO MENDOZA, Manuel: "Apuntes sobre el régimen legal de las acciones preferidas", RFDUCAB, 1967-1968, N° 5, págs. 101 y sigs.

273

JIMÉNEZ SALAS, Simón: "Los derechos básicos del socio y el derecho de las minorías", JDM, 1978, págs. 421 a 438.

274

MORALES, Carlos: "Del voto en las compañías anónimas", RDL, T. XXXI, 1942, págs. 3 a 8 y en *Estudios Jurídicos*, Tip. Americana, 1943, págs. 105 a 109.

275

MUCI-ABRAHAM, José: "De la emisión de acciones en las compañías anónimas", RFDZ, 1968, N° 23, págs. 107 y sigs.

276

PIERRE TAPIA, Óscar R.: "El derecho de voto en las sociedades anónimas", RMJPT, junio 1980 y en *Mementos de Derecho*, 2<sup>da</sup>. ed. Caracas, 1991, págs. 459 a 465.

**14.3.- Tipos de emisión de acciones**

277

ANDRADE ARCAYA, Ignacio: "Comentarios sobre acciones sin valor nominal", BCCC, oct. 1970, págs. 23.316 y sigs.

278

NÚÑEZ, Jorge: "De la emisión de acciones en las compañías anónimas", RFDZ, 1968, Nº 23, págs. 107 y sigs.

279

SALANITRO, Nicolás: "El régimen de la sindicación de acciones", IJIDM, 1989, págs. 307 a 324.

**14.4. Documentación de las acciones: obligatoriedad de la anotación en cuenta para las acciones cotizables.**

280

SALINAS BRICEÑO, José Manuel: "Régimen jurídico de las anotaciones en cuenta", RDM, 1996, Nº 20-21, págs. 119 a 146.

281

ACEDO MENDOZA, Manuel y ACEDO DE LEPERVANCHE, Luisa Teresa: "Modificación del capital social, aumento y disminución. Adquisición de acciones de la propia sociedad", RDP, 1985, Nº 24, págs. 7 a 23.

282

MORALES, Carlos: "Apuntes Jurídicos II. ¿Será permitido el establecimiento de restricciones al derecho de ceder o traspasar las acciones de una compañía anónima?", RJ, T. IV, 1933, Nº 41 a 42, págs. 159.

283

MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo (Cordinador): *La adquisición de acciones propias y supuestos similares*, Editorial Jurídica Venezolana C.A., Caracas, 1996.



284

MUCI-ABRAHAM, José: "Intervención forzosa en la negociación de valores por la banca", RDPúb., 1980, N° 3, págs. 41 y sigs.

285

GABALDÓN, Frank: "Algunos aspectos sobre restricciones a la transmisibilidad de participaciones y acciones sociales", RFDUCAB, 1970-1971, N°11, p. 165 y sigs.

286

GONZÁLEZ MANRIQUE, Alberto: *Restricciones al derecho de ceder las acciones*, Tesis de Grado, UCV, 1938.

287

PIERRE TAPIA, Oscar R.: "Suscripción de acciones. Ejecución por falta de pago", RMJPT, julio 1980 y en *Mementos de Derecho*, 2<sup>da</sup>. ed., Caracas, 1991, págs. 405 a 409.

288

PIERRE TAPIA, Oscar R.: "Claúsulas que limitan la cesión de acciones", RMJPT, junio 1981, y en *Mementos de Derecho*, 2<sup>da</sup>. ed., Caracas, 1991, págs. 411 a 416.

**14.6.- La acción como expresión de la condición de socio: copropiedad y derechos reales sobre las acciones: prenda y embargo de acciones.**

289

RENGEL ROMBERG, Arístides: "Embargo de acciones y derecho de voto", RCADF, 1958, N° 106, págs. 61 a 69.

290

VEGAS ROLANDO, Nicolás: "El embargo de acciones nominativas de compañías anónimas en la jurisprudencia venezolana", RF, 1976, N° 3.403, págs. 256 y sigs.

## **V.- OTROS TITULOS-VALOR**

### **15.- Las cédulas hipotecarias**

291

LEÓN, Tomas Eddo: "Cédulas hipotecarias, su importancia como título de crédito", RCAZ, 1935, Nº 5, págs. 186 a 194.

292

MUCI-ABRAHAM, José: "Concepto de la cédula hipotecaria", BACPS, 1977, Nº 71, págs.13 y sigs.

293

MUCI-ABRAHAM, José: *Cédulas Hipotecarias (Estudio Técnico-Jurídico)*, con una presentación del profesor Doctor. Luis Felipe Urbaneja, Caracas, 1997, 259 págs.

294

MUCI-ABRAHAM, José: "La garantía de la cédula hipotecaria", RFDUCAB, 1976-1977, Nº 24, págs. 9 a 41.

295

PÁEZ PUMAR, Oswaldo: "Notas sobre la naturaleza jurídica de la garantía que establece la Ley de Banco y Otras Instituciones de Crédito en beneficio de los tenedores de cédulas hipotecarias y bonos financieros". RCADF, 1968, Nº 133, págs. 97 a 134.

296

SILLERY LÓPEZ DE CEBALLOS, Ricardo; "La garantía de la cédula hipotecaria bancaria", RFDUCAB, 1966-1967. Nº4, págs. 94 a 161.

### **16.- Las obligaciones**

297

NÚÑEZ, Jorge: "De la emisión de acciones y obligaciones en las compañías anónimas", RFDUZ, 1975, Nº 45, págs. 73 a 140.

298

RODNER, James Otis: "Notas sobre las obligaciones convertibles", RBVC, 1976, N° 349, págs. 2 a 17 y 1977, N° 356, págs. 2 a 19.

299

RODNER, James Otis: "Tipos especiales de obligaciones", RDM, 1987, N° 3, págs. 87 a 127.

300

RODNER, James Otis: "Organización colectiva de los obligacionistas. La asamblea general de los obligacionista", RDP, 1988, N° 5 Única, págs. 143 a 198.

### **17.- El reporto**

301

CALZADILLA, Juan G.: "El Reporto", RDUSM, 1984, N°16, págs. 123 al 56.

302

CEDEÑO DE AROCHA, Ana: "Comentarios sobre las operaciones de reporto en Venezuela", RBCV, 1986, N°142, págs. 59 a 77.

303

MARTIN GUÉDEZ, Rafael- GAMUS GALLEGO, Rafael: *El reporto en la legislación bancaria de Venezuela*, Grafeín Editores, Caracas, 1979, 69 págs.

304

MUCI-ABRAHAM, José: "El mandato legal de que la banca negocia en las bolsas de valores los títulos que no se encuentran en etapa de colocación primaria" RCADF, 1980, N°142, págs. 59 a 77.

305

MUCI-ABRAHAM, José: "Intervención forzosa en la negociación de valores por la banca", RDPúb, 1981, N° 3.

## **Segunda parte**

### **Tabla de abreviaturas**

- AFDULAN: Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Los Andes, Mérida.
- APDV: Actas Procesales del Derecho Vivo. Caracas.
- ASTBO: Astrea. Revista de Derecho, Jurisprudencia y Legislación. Ciudad Bolívar.
- BACPS: Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas.
- EDMHJEN: Estudios de Derecho Mercantil, Homenaje Jorge Enrique Nuñez, Maracaibo.
- JDM: Jornadas de Derecho Mercantil, UCAB, Caracas.
- II JIDM: II Jornadas Internacionales de Derecho Mercantil. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1989.
- LHMY: Libro Homenaje a Mauricio Ydarola, Córdoba, Argentina.
- PRO: El Profesional. Revista quincenal. San Felipe.
- RAYAS: Raya. Divulgación Cultural de los Estudiantes de la Universidad Católica "Andrés Bello".
- RCADF: Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas.
- RCAL: Revista del Colegio de Abogados del Estado Lara, Barquisimeto.
- RCAZ: Revista del Colegio de Abogados del Estado Zulia, Maracaibo.
- RCDLJ: Revista del Consejo de la Judicatura, Caracas.
- RCP: Revista de Ciencias Políticas. Caracas.
- RDL: Revista de Derecho y Legislación, Caracas.
- RDM: Revista de Derecho Mercantil, Caracas.
- RDPúb: Revista de Derecho Público, Caracas.
- RF: Repertorio Forense, Caracas.
- RFD: Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela, Caracas.

SECCIÓN DE RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

- RFCJ: Revista Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, Caracas,
- RFDUCAB: Revista de la Facultad de Derecho. Universidad. Católica "Andrés Bello". Caracas.
- RFDUSM: Revista de la Facultad de Derecho. Universidad "Santa María". Caracas.
- RFDZ: Revista de la Facultad de Derecho. Universidad del Zulia. Maracaibo.
- RMJPT: Repertorio Mensual de Jurisprudencia Pierre Tapia, Caracas.
- RU: Revista Universitaria, Caracas.
- VJ: Venezuela Jurídica.

### Tercera parte

### Bibliografía

- ACOSTA HOERICKA, Oswaldo: "Artículos publicados en la Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela (No. 1 al 81, ambos inclusive)", RFCJP, 1992, No. 83, págs. 313 a 401.
- AMORES HERRERA, Fernando: "Bibliografía jurídica venezolana", RCADF, 1943, Nº 37 págs. 39 a 59.
- ANZOLA, Juvenal. *Abogados venezolanos*, Caracas, 1904, 223 págs.
- ARISMENDI, Alfredo: *Contribución a la bibliografía del Derecho constitucional y su historia*, Caracas, 1972, 200 págs.
- BECCO, Horacio Jorge: *Bibliografía de Bibliografías Venezolanas (1968-1978)*, Caracas, 1979, 62 págs.
- BINSTOCK, Hanna: "Índices de la Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal (1928-1965)", Nos. 1 al 130, RCADF, 1967, Nº 132, págs. 317 a 471.
- BINSTOCK, Hanna: *Índices de tesis de grado (1901-1966)*. Caracas, 1966.
- BIBLIOTECA NACIONAL: *Anuario bibliográfico venezolano 1942, 1942, 1943, 1945, 1946, 1947, 1948, 1949, 1944, 1967, 1968, 1969, 1984, 1975*.
- BLONVAL LÓPEZ, Adolfo,: *Bibliografía jurídica y fiscal venezolana*, Caracas, 1967, 2 vols.
- BOSQUE, Gisela: *Libros Homenaje. Índice analítico*. UCV, Caracas, 1981.
- BREWER-CARÍAS, Allan R.: "Bibliografía de Allan R. Brewer-Carias", en Brewer-Carias, Allan R., *Reflexiones sobre la organización territorial del Estado en Venezuela y en la América Colonial*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, págs. 230 a 305.
- CLAGETT, Helen: *A guide to the law and legal literature of Venezuela*, Wáshington, 1948, VIII, 128 págs.
- CLARKE PÉREZ, Jesús: *Bibliografía Venezolana del Derecho del Trabajo y materias conexas*, Caracas, 1885, 236 págs.

- CORSI, Luis: "Algunas fuentes bibliográficas para el estudio de las instituciones financieras los contratos bancarios y los títulos de créditos bancarios" RFDUCAB, 2000, N° 55, págs. 271 a 314.
- CORSI, Luis: "Las sociedades mercantiles y la asociación de cuentas en participación (Presentación bibliográfica)", RDM, 1997, N° 22-23, págs. 129 a 180.
- CORSI, Luis – CORSI, Marianella: "Nuevos materiales para una bibliografía de Derecho Marítimo", RDMarít, 1985, págs. 105 a 112.
- CORSI, Luis – CORSI, Marianella: "Nuevas fuentes bibliograficas venezolanas para el estudio del Derecho marítimo y el Derecho del mar", RDMarít., 1986, N° 6, Caracas, págs. 1 a 7.
- CORSI, Marianella: "Algunas papeletas para una bibliografía jurídica venezolana sobre títulos valores", RDM, 1987, No 3. págs. 295 a 300.
- CORSI, Marianella: "Nuevas papeletas para una bibliografía jurídica venezolana sobre títulos-valores" RDM, Caracas, 1987, N° 6 págs. 295 a 304.
- FUNDACIÓN BIBLIOTECA "ROJAS ASTUDILLO": Boletín N° 9 de la Biblioteca de los Tribunales del Distrito Federal, Caracas, 1959, págs. 161 a 218.
- GRASES, Pedro: "Contribución a la bibliografía venezolana del Derecho constitucional", en *Investigaciones bibliográficas*. Caracas, 1968, II, págs. 261 sigs.
- LEAL, Ildelfonso: *Libros y bibliotecas en Venezuela colonial*. Caracas, 1978.
- SUÁREZ, Santiago Gerardo: *Para una bibliografía de las Reales Audiencias*, Caracas, 1975.

## **Sección de especiales**





## **NOTICIAS DE LA FACULTAD**

En el pasado curso universitario se cumplieron en la Facultad una serie de actividades académicas, y científicas, adicionalmente a las actividades normales de cátedra, que congregaron a la comunidad y a profesionales y especialistas en diversas ramas de derecho vinculadas a nuestra Escuela, todas las cuales fueron realmente exitosas y que contribuyeron por igual a dar lustre a los también magníficos resultados académicos que se reseñan mas adelante.

Dentro de los eventos extracurriculares, merecen especial mención la realización del curso de Actualización de Derecho constitucional realizado entre el 7 de febrero y el 9 de abril, el cual sirvió para exponer y analizar en forma sistemática y didáctica, los aspectos relevantes y novedosos de la nueva carta magna.

Durante los días 23 al 25 de febrero se celebraron las III Jornadas de Derecho Procesal Penal bajo el título “La Aplicación efectiva del COPP” y que se destinaron a rendir justo homenaje a la memoria del Padre Fernando Pérez-Llantada s.j., Penalista y Criminólogo, Profesor y ex Decano de la Facultad, promotor fundador de los cursos de Postgrado que llevaron la presencia y el mensaje de la UCAB a todas las regiones del país.

Durante los días 11 y 12 de abril se realizaron en el Auditorio Hermano Lanz, valiosas exposiciones sobre el tema “Retos de la Democracia Latinoamericana” con la participación de profesores invitados de Argentina y Perú conjuntamente con profesores venezolanos. Los tres temas básicos tratados fueron “Balance de la Democracia Venezolana”, “Retos para el siglo XXI” y “Hacia donde va nuestra Democracia”. Estas conferencias por igual fueron llevadas a cabo los días 7 y 8 de abril en la

UCAB-Guayana con la presencia de profesionales de la región y del Decano de la Facultad.

Con la participación de varios profesores de la Facultad se llevaron a cabo a finales de marzo, las exposiciones correspondientes al Seminario “Repensar la Interpretación Jurídica”, cuya variada temática permitió analizar desde los principios sobre Interpretación Jurídica y sus límites hasta la grave y particular cuestión relacionada con la motivación de la sentencia.

Como lo imponía la novedosa legislación recién promulgada, en abril, tuvo lugar en el Aula Magna de la UCAB un de Curso de Derecho Inquilinario, con participación de destacados especialistas en la materia.

Por igual a mediados de mayo, una vez más se dio acogida al novedoso e interesante tema relacionado con la “Libre Competencia” a cuyo efecto se organizó un Seminario donde participaron Magistrados del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de España, el Superintendente de Pro-Competencia y profesores de IESA y la UCAB.

Este año se continuo con la tradición de tener una Lección Inaugural propia de la Facultad, la cual se cumplió en el entorno de los actos formales iniciados el martes 10 de octubre con las palabras iniciales del Señor Rector, Padre Luis Ugalde S.J., las del Decano, quien hizo un recorrido sobre algunos proyectos de la Facultad durante este año: reflexiones sobre el Plan de Estudios; asesoría académica a los estudiantes; fortalecimiento del Voluntariado Social y la Asesoría Jurídica, desarrollo del programa Estado de Derecho; redacción de un Proyecto de Ley para la Defensoría del Pueblo por el Centro de Derechos Humanos, eventos sobre Desarrollo Humano y Derechos Humanos; Jornadas sobre Amparo Habeas Data y Derecho Penal, entre otros.

La citada Lección Inaugural estuvo a cargo del doctor Román José Duque Corredor quien desarrollo el tema “Repensar la abogacía en el nuevo milenio”, en el que se hizo hincapié sobre el aspecto ético del profesional del derecho, tan necesaria para nuestros profesionales y futuros abogados.

Con la participación de profesores de Chile y Perú, se celebraron las jornadas de “Derecho del Trabajo, Empleo y Crisis Económica”, los días 16 y 17 de octubre y los temas tratados fueron: Derecho del Trabajo en tiempo de crisis, Generación de Empleo, Demarcación de Fronteras

entre el Contrato de Trabajo y otras Modalidades de Prestación Personal de Servicios, Justicia Laboral a Informalidad y Desempleo y Seguridad Social.

El 20 de octubre en la Sala Simón Planas del Centro Loyola se celebró el taller "Para conducir un Seminario", dirigido a los profesores de seminario que se iniciaron en el año académico 2000-2001. El objetivo fue darles la técnica apropiada para la conducción de un seminario. Se explicaron conocimientos técnicos y prácticos de los seminarios, técnica de estudios y los instrumentos de evaluación. Con esta actividad se persigue elevar el nivel de nuestros Seminarios y suministrar a los alumnos la necesaria metodología para la investigación cuyo fortalecimiento se ha propuesto la Facultad.

Auspiciado por el Doctorado de Estudios Sociales (UCV), Universidad Católica Andrés Bello y el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), se realizó un seminario el 17 de noviembre, con el objetivo de promover un diálogo nacional sobre el Desarrollo Humano y Derechos Humanos como clave para el diseño y ejecución de políticas públicas y la participación de la sociedad en el proceso de desarrollo tomando como base las propuestas del Informe Desarrollo Humano Global 2000 del PNUD.

El día 24 de octubre se inició el Programa de Inducción y Formación de Profesores de la Facultad. Este se propone consolidar un cuerpo de profesores de calidad académica, ética y pedagógica, identificados con la Universidad, su misión y dotados de las herramientas necesarias para formar, integralmente, los abogados que este país necesita. Lo anterior supone: a) Consolidar estrategias para optimizar la pedagogía, b) Reflexionar sobre el perfil del abogado ucabista, c) Aprender a utilizar los medios tecnológicos que facilitan el aprendizaje, retroproyector, portafolio, correo electrónico y similares y d) Enseñar cómo evaluar correctamente.

Desde el punto de vista de las gestiones de Voluntariado social, actividad orientada a sensibilizar a los alumnos con el trabajo social, se hizo una nueva presentación para este año, con un proyecto que comprende varios puntos: 1º Asesoría Jurídica en los módulos de Clínica Jurídica; 2º Servicios vinculados a una de las cátedras del año que está cursando el estudiante; 3º Trabajo en los establecimientos penitenciarios;

4º Ciclo de charlas en Colegios; 5º Apoyo al Centro de Derechos Humanos; 6º Prestación de Servicios a solicitud de alguna institución. Este programa permitirá incorporar más alumnos a más actividades y motivarlos, a través de un servicio prestado por ellos, donde resultarán beneficiados tanto terceros como los propios estudiantes.

## **OTRA INFORMACIÓN DE INTERÉS**

### ***Promociones y Padrinos***

Para Octubre del año 2000 concluyeron con graduación CINCO (5) promociones con un total de 277 alumnos . Los padrinos de dichas promociones fueron para “Sección “AD” los Doctores Gustavo Graü Fortoul y Luis Alfredo Hernández Merlanti; para la Sección “BD” el Doctor Gustavo Mata Borjas, para la Sección “CD” los Drs. Pier Paolo Pasceri y Luis Ortiz Alvarez, en la Sección “AN”, el Dr. Carlos Miguel Escarrá Malavé y para la Sección “BN” el Doctor: Luis Fernando Ramírez Ramírez.

### ***Menciones Honoríficas***

Durante la entrega de diplomas, se hicieron los reconocimientos por menciones Summa Cum Laude (Sección “AD”) a los abogados: Planchart Mendoza, Antonio José y Scherer Holmblad, Monika .

Igualmente merecieron mención Cum Laude (Sección “AD”) a los abogados Alemán Fernández Marlena Carolina, Bernardone Iuorno, María Rosaria; Garrido Malecki, Adriana Renee; Hazan Niddam, Miriam Alicia; Pérez Mezzoni, Carolina Pastora y Suárez Mancilla, María Eugenia (Sección “BD”) Hernández Suero, Edison, José; Urbina Freites, Carlos Luis y Villalba Rodríguez, Mariana. (Sección “CD”) Baez Dorta, Luisa Fernanda, Lomonaco Rosales, María Andrea, Núñez Abreu, María Alejandra, Ruiz Velásquez, Ysabelyn Marina y Vivas Da Silva, Noemí. (Sección “AN”) Chacón Cabrera, Alfredo David (Sección “BN”) González Guzmán, Vanessa Del Valle, Itriago Wallis, Silvia Elena y Jabemberg Suels, Federico José.

La Revista felicita a los mencionados graduandos y manifiesta su especial complacencia con los éxitos logrados por cada vez mayor número de estudiantes quienes se destacan por el esfuerzo dedicado en sus

estudios y da idea de la especial preocupación por una mejor preparación de los alumnos de nuestra Universidad.

### **Convenios Institucionales**

Dentro del mismo lapso vale la pena citar también la firma de sendos convenios entre la Universidad (Dirección de Publicaciones) y las Fundaciones Fernando Pérez Llantada Sj. y Dr. Roberto Goldschmidt, cuyos objetivos fundamentales lo fueron la creación de un Fondo Editorial para obras de Derecho, con la primera, y contrato de reedición del Manual de Derecho Mercantil del Dr. Roberto Goldschmidt, con la segunda mencionada y cuyos resultados no harán esperarse. Tenemos buenos ejemplos que seguir en esta labor que vienen cumpliendo Fundaciones vinculadas con nuestros egresados y profesores.

### **IN MEMORIAM**

Con profunda tristeza reportamos el fallecimiento de otro gran amigo y personaje habitual de nuestra Universidad, el Reverendo Padre Francisco Arruza, quien luego de una dura y penosa enfermedad, soportada con la entereza y voluntad que siempre demostró en su vida, nos dejó sin su amistad y oportuno consejo. Arruza tuvo una larga trayectoria en Venezuela y gozaba del aprecio no solo de la comunidad de la Ucab, sino de la escuela del San Ignacio de Loyola, en la cual cultivó, no cientos si no miles de amigos y admiradores. En efecto, se desempeñó como Prefecto de muchas de nuestras juventudes ignacianas fue también Profesor de Derecho Canónico, activo sacerdote y gran promotor de nuestra Universidad.

Paz a sus restos y no será fácil borrar la imagen de ese otro amigo que nos deja, excelente profesor, amigo, formador de juventudes y compañero de universidad. Nuestra sentida condolencia a sus familiares, a sus compañeros Jesuitas de la UCAB, a todos quienes fueron sus alumnos y amigos y camaradas de la Universidad.

Por igual reportamos el fallecimiento de un ilustre egresado de las primeras promociones de nuestra Facultad, aguerrido abogado en ejercicio, padre de varios colegas abogados de esta misma casa de estudios. Nos referimos al Dr. José de los Santos Michelena, persona de grata recordación

entre quienes contamos con su franca y diáfana amistad, ilustrado ciudadano de completísima formación cultural, apasionado de la música, la buena lectura, conspicuo casacionista y hombre, como su padre, de muy grata conversación.

Hasta su hermano, esposa, hijos y nietos, nuestra sentida palabra de condolencia.

## **CONGRESOS, JORNADAS Y EVENTOS**

### ***a. Ya realizados***

#### **I. Jornadas de actualización en Derecho Procesal en homenaje al Dr. Fernando Pérez-Llantada SJ. Delegación de Acarigua, estado Portuguesa, Instituto de Estudios Jurídicos Dr. Cipriano Heredia**

Entre los días 28 y 29 de abril fueron realizadas las mencionadas Jornadas con todo éxito y la participación entre otros de los Profesores Rafael Ortiz Ortiz, Paolo Longo, Iván Pérez Rueda, Alberto Baumeister Toledo, en la acogedora ciudad de Acarigua y bajo el co-auspicio de la Fundación Fernando Pérez-Llantada SJ y el Instituto de Estudios Jurídicos de la Delegación del Colegio de Abogados del Estado Portuguesa.

#### **II. Jornadas de Derecho Constitucional y Procesal en el estado Sucre**

En los días 12 y 13 de mayo en Cumaná patrocinadas por el Colegio de Abogados de dicho Estado y su Instituto de Estudios jurídicos fueron realizadas las Jornadas de actualización sobre Derecho Procesal, bajo el título de Incidencias de la nueva Constitución en el Proceso y con la participación entre otros de los Profesores Rafael Ortiz-Ortiz, Paolo Longo, Iván Pérez Rueda y Alberto Baumeister Toledo, a quienes correspondió examinar diferentes temas relacionados con las modificaciones de la actual Constitución y los cambios y efectos que ella ha provocado en instituciones del Derecho Procesal. Las conferencias tuvieron un lleno completo y

permitieron, adicionalmente al examen de las novedades aludidas, compartir buenos ratos con los colegas del Estado Sucre.

### **III. Jornadas José Santiago Núñez Aristimuño, Maturín, estado Monagas**

Los días 13 al 15 de Mayo en la ciudad de Maturín fueron sede de las ya tradicionales Jornadas que llevan el nombre del apreciado Profesor José Santiago Núñez A., las cuales este año se realizaron en Memoria del Dr. Fernando Pérez Llantada y del Profesor Roman J. Duque S. y en las cuales con todo éxito fueron analizados temas de Derecho Constitucional, Penal, Procesal, Comercio electrónico, Derecho Laboral, entre otros por los Profesores, Gustavo Planchrt M, Hector Turuphial, Paolo Longo, Juan M. Rafalli, Román J. Duque C., Humberto Villasmil, y como Profesores invitados la Dra. Ana Giacometto y el Dr. Ulises Canosa Suárez, ambos Colombianos, y quienes tuvieron a su cargo el exámen de temas tan importantes como el de la dirección del Debate Probatorio y las nuevas tendencias Constitucionales en materia de Derecho Procesal.-

Dichas jornadas , como ya resulta tradicional fueron co patrocinadas por la Universidad Católica, el Instituto de Estudios Jurídicos Naranjo Ostty y el Colegio de Abogados de Monagas.

Por cierto que con todo acierto se hizo por igual la publicación de un volumen que recoge algunas de las ponencias y conferencias que se han venido dictando por diferentes autores y sobre materias de actualidad jurídica en los últimos diez años con ocasión de la realización de las citadas Jornadas.

Dicha publicación, en gesto que debía procurar imitarse por otras entidades y colegas, fue patrocinada por el Escritorio Tinoco, Travieso, Planchart y Núñez, de Caracas, como un homenaje a los diez años que cumplió la celebración de las mencionadas Jornadas que llevan por nombre el de ese ilustres hijo de la tierra Monaguera, Dr. José Santiago Núñez Aristimuño.



#### **IV. Jornadas de difusión de la Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente (Universidad Católica Andrés Bello y el Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal Invedepro)**

Los días 7 y 14 de junio fueron realizados bajo el patrocinio de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, las primeras jornadas sobre el tema y por igual, con la misma temática, fueron también organizadas las del Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal, en la segunda de dichas fechas, con la participación de Profesores tanto de la Universidad Católica como de la Universidad Central de Venezuela, quienes recorrieron los aspectos mas resaltantes en la temática, civil, penal, procesal e inclusive internacional contemplados en dicha Ley.

#### **V. Jornadas de actualización sobre la Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente**

En varias ocasiones y con nutrida asistencia, tanto en nuestra Universidad, como en los Auditorios de los Colegios de Abogados del Interior y de otras instituciones, se cumplieron Charlas y Conferencias relacionados con diversos aspectos y tópicos de la nueva Ley y con participación entre otros de los Profesores Maria G. Morais de Guerrero, Víctor Hugo Guerra, Georgina Morales, Paolo Longo, Alberto Baumeister T., Juan Pérez Rueda, en Aragua, Miranda, Carabobo, Táchira y Sucre.

#### **VI. XVI Asamblea de la Asociación Panamericana de Fianzas y Seguros de Crédito**

En la ciudad de Guatemala y con asistencia de representantes de 38 países y más de 230 delegados, fue celebrada esta importante asamblea en la cual fueron igualmente expuestas conferencias sobre temas relacionados con la materia.

## **VII. Jornadas anuales de Derecho de Seguros**

Con el co patrocínio de la Fundación de Empleados de la Superintendencia de Seguros y la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros (AVEDESE – AIDA) en el mes de noviembre, en el Auditorio de Seguros Nuevo Mundo, se llevaron a cabo las Jornadas anuales de Derecho de Seguros, destinadas este año al examen de temas tan relevantes como los de la Banca Seguros, los Reaseguros Financieros, y la contratación electrónica, en las que tuvieron activa participación los profesores Carlos Acedo Sucre, Alberto Baumeister Toledo, Víctor Hugo Guerra y funcionarios de la Superintendencia de Seguros, entre otros.

### ***b. Por realizarse***

#### **I. XXI Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal**

En el venidero mes de Junio del 2001 tendrá lugar la celebración del XXI Congreso Argentino de Derecho Procesal, cuyo temario central resulta ser: Proceso Civil: Abuso del Proceso y exceso en el ejercicio del Poder Jurisdiccional, Privatización de ciertas actividades del Proceso. Proceso Penal: Etapa intermedia y control de la acusación ,Procesos Penales complejos. Procesal Constitucional y Administrativo: Accion declrativa de inconstitucionalidad, Lo contencioso previsional federal. Adicionalmente serán realizados Paneles sobre implementación de las reformas, prueba ilícita y Tribunales Penales Internacionales. Los interesados comunicarse por el Email [derecho@uccuyo.edu.ar](mailto:derecho@uccuyo.edu.ar).

#### **II. VII Congreso Ibero latinoamericano de Derecho de Seguros (Argentina)**

Para el venidero mes de noviembre del 2001 se llevará a cabo en Rosario, Argentina, el VII Congreso del Comité Ibero Latinoamericano de Derecho de Seguros (CILA) organismo que agrupa las naciones del entorno ibero latinoamericano, sobre Derecho de seguros, y cuyo temario principal estará dirigido a enfocar entre otros temas relacionados con la

Intermediación, Banca Seguros, Contratación electrónica, etc. Los interesados en mayor información pueden hacer contacto con AVEDESE (7622651 al 55) o por el email albato@cantv.net.

## **Actualidad jurídica**

Como lo anunciáramos oportunamente, incluimos a continuación dos interesantes comentarios sobre temas de actualidad, que estamos seguros llamarán la atención de todos y serán de utilidad.

En primer lugar, insertamos los comentarios que nos hace el Dr. José Yoel Artigas sobre un tema de mucha vigencia, ante la imperiosa necesidad que nos acosa a todos, la cual es el de la cobertura de riesgos de enfermedad y hospitalización, los que, para prevenir se hagan negativos por consecuencia de la inflación y el constante incremento de aquellos gastos, suelen acudir a la contratación de seguros en el exterior, o con compañías extranjeras.

De su parte, el colega Jorge Luciani R. nos trae unos interesantes comentarios sobre la nueva perspectiva del control del lavado de dinero, destinado aparentemente ahora no sólo a prevenir los fondos con vinculación al narcotráfico, sino también a los mal habidos en manejos políticos o con relación al desempeño de cargos por parte de su eventuales titulares.

Esperamos que dichos comentarios sean del interés de todos y deseáramos crear la inquietud por la investigación y discusión sobre los temas centrales analizados en ellos.

### **FUNDACIÓN EMPLEADOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS**

#### **LOS CONTRATOS DE SEGUROS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO BREVE ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY DE EMPRESAS DE SEGUROS Y REASEGUROS**

José Yoel Artigas

El artículo 4 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros expresamente estatuye:

*Artículo 4.-* Los contratos de seguros que se celebren en el exterior no producirán efectos en Venezuela, aunque hubiesen sido hechos por empresas autorizadas conforme a esta Ley, a menos que la prima correspondiente haya ingresado real y efectivamente al patrimonio de una empresa en el país, de acuerdo con tarifas aprobadas en el mismo. Esta disposición regirá en los siguientes casos:

1. Seguros de personas, si para el momento de la celebración del contrato el asegurado se encontrare en el país.
2. Seguros sobre bienes situados en el territorio nacional.
3. Seguros sobre naves, aeronaves y otros vehículos matriculados en Venezuela.

*Parágrafo Primero:* El Ejecutivo Nacional podrá, oída la opinión de la Superintendencia de Seguros, determinar otros tipos de seguros que para tener efectos en Venezuela deberán celebrarse necesariamente en el país.

*Parágrafo Segundo:* Cuando no fuere aconsejable contratar total o parcialmente un determinado seguro con empresas autorizadas conforme a esta Ley, la Superintendencia de Seguros podrá, en Resolución motivada, autorizar su contratación en el extranjero, para lo cual podrá solicitar la opinión del Consejo Nacional de Seguros.

*Parágrafo Tercero:* No podrán ajustarse en Venezuela siniestros sobre bienes cuyos seguros se hayan celebrado en contravención a la presente Ley.

El encabezamiento del artículo 4 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros pareciera establecer como principio general que los contratos de seguros celebrados en el exterior no producen efectos en el territorio nacional, ahora bien, al analizar el contenido del referido artículo observaremos que la Ley prevé una serie de excepciones al mismo.

La primera de dichas excepciones la encontramos en el encabezamiento del artículo 4; excepción según la cual los contratos de seguros celebrados en el extranjero producirán efectos jurídicos en el territorio nacional cuando éstos sean suscritos por empresas de seguros autorizadas para operar en el país y la prima haya ingresado real y efectivamente al patrimonio de la empresa, según tarifas aprobadas en el mismo.

En otras palabras, si el contrato de seguros es suscrito en el extranjero pero la prima, calculada conforme a una tarifa aprobada, ingresa al patrimonio de una empresa de seguros autorizada para operar como tal en Venezuela, el contrato de seguros surtirá plenos efectos en el territorio nacional.

La segunda excepción que encontramos al régimen general de la no eficacia en Venezuela de los contratos de seguros celebrados en el exterior, consiste en que el mismo es únicamente aplicable a los siguientes tipos de contrato de seguro:

- 1) Seguros de personas, si para el momento de la celebración del contrato el asegurado se encontrare en el país.
- 2) Seguros sobre bienes situados en el territorio nacional.
- 3) Seguros sobre naves, aeronaves y otros vehículos matriculados en Venezuela.

Fuera de los seguros antes mencionados, cualquier póliza suscrita en el exterior producirá plenos efectos en Venezuela.

Conforme a esta norma las pólizas relativas a seguros de personas domiciliadas en Venezuela, o sobre bienes ubicados o matriculados en el territorio nacional, el contrato que suscriban en el extranjero no surtiría efectos en nuestro país, adicionalmente sería aplicable la sanción prevista en el artículo 176 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, conforme al cual toda persona que contrate en el exterior un seguro en contravención al artículo 4 será sancionada con multa equivalente al quíntuplo de la prima anual que hubiere debido pagar en Venezuela.

Por otra parte, conforme al artículo 179, literal "d", de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros cualquier persona que coloque en el país seguros en contravención del artículo 4 será penada con arresto de tres (3) meses a tres (3) años.

En conclusión, podría pensarse que a través del artículo 4 de la Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros, el Legislador posibilita, aún cuando de manera muy precisa y bajo la amenaza de aplicación de sanciones muy severas, establecer una interpretación más amplia a lo dispuesto en el contenido del artículo 2 de la misma Ley, conforme al cual para el ejercicio de la actividad aseguradora en Venezuela se requiere la autorización del Ejecutivo Nacional.

## **FOREIGN MONEY LAUNDERING DETERRENCE AND ANTI-CORRUPTION ACT**

Jorge Luciani Gutiérrez

A continuación paso a comentar algunos aspectos de la iniciativa legislativa estadounidense denominada: *Foreign Money Laundering Deterrence and Anti-Corruption Act*.

En efecto, se trata de una iniciativa legislativa llevada adelante por el Comité de Banca de la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos de América, dirigida a la disuasión de las actividades del lavado de dinero proveniente del extranjero y demás capitales provenientes de las prácticas de corrupción (movimiento también gestado gracias a la acción desarrollada por las organizaciones criminales rusas y detectadas por los cuerpos de seguridad internacionales). En tal sentido, el Presidente de dicho Comité de Banca, representante de apellido Leach, introdujo el 21 de septiembre de 1999 la llamada Ley de Disuasión del Lavado de Dinero y Anti-Corrupción. (*Foreign Money Laundering Deterrence and Anti-Corruption Act*).

A su vez también existe la expectativa que una legislación similar o comparable a esta sea introducida por iniciativa de la Cámara del Senado del mismo Congreso. No obstante también es cierto que actualmente en los Estados Unidos de América, están en plena época electoral e iniciativas legislativas como esta, dada su importancia son paralizadas, hasta la elección y definición de la conformación del nuevo Congreso.

### **MOTIVACIONES Y PRINCIPALES INNOVACIONES**

#### **1.- La creciente corrupción en gobiernos de países extranjeros**

En general, el Congreso de los Estados Unidos de América es del criterio que el Gobierno de los Estados Unidos de América en sus relaciones con cualquier país están obligados a dejar claramente establecido su posición en la materia de prevención y represión del lavado de dinero y hechos de corrupción, y por lo tanto deben:

- a) Enfatizar que no solamente se debe atacar el tradicional lavado de dinero sino el ascendente problema de la corrupción gubernamental y de las élites influyentes de esos países ( si es el caso).

- b) Apoyar la creación de estas leyes especialmente diseñadas para combatir estos delitos para así contar con instrumentos eficaces y capaces de prevenir el lavado de dinero y combatir la corrupción sistemática.

## **2.- El Veto de los Estados Unidos de América en Instituciones Financieras Internacionales**

El Secretario del Tesoro del Gobierno de los Estados Unidos de América instruirá a los directores ejecutivos que representan a Estados Unidos de América en organismos financieros internacionales para que se opongan a cualquier préstamo, desembolso o utilización de recursos por parte de estos institutos que no sean para fines humanitarios, si están dirigidos a aquellos países que el Secretario del Tesoro determine que:

- a) posean un alto grado de corrupción.,
- b) que carezcan de sistemas y medidas efectivas anticorrupción en instancias del gobierno.
- c) que no están elaborando principios básicos para reducir la corrupción.

## **3) Reporte requerido**

- a) El secretario del Tesoro emitirá un informe anual al Congreso de los Estados Unidos de América, acerca del resultado de las deliberaciones y relaciones entre los Estados Unidos y otros países sobre aspectos relacionados con la prevención y represión del lavado de dinero y políticas anticorrupción, y hechos de corrupción.
- b) Contenido del reporte
  - b.1.- Evaluación por el secretario del Tesoro del estado o niveles de la corrupción en cada país.
  - b.2.- Pronunciamiento por parte del secretario del Tesoro acerca del estado de efectividad logrado por los distintos países en la lucha contra el lavado de dinero y medidas anticorrupción.

## CONTENIDO

El contenido de esta legislación no puede ser determinado, ni siquiera anticipado en una etapa como esta, tan temprana o inicial del proceso legislativo. No obstante estamos dando nuestra opinión acerca de los aspectos más resaltantes de la iniciativa legislativa contenida en el documento analizado.

Esta legislación establecería la obligación para todas las Instituciones sujetas al “Bank Secrecy Act” (Ley de Secreto Bancario o también conocida como Ley de Sigilo Bancario) de exigir requisitos adicionales para la identificación adecuada de entes extranjeros (no estadounidenses), es decir, que los bancos y demás instituciones financieras regidas por el Bank Secrecy Act, en caso de ser aprobada esta iniciativa legislativa como está redactada actualmente, deberán exigir requisitos adicionales o complementarios de identificación a aquellas personas naturales o jurídicas no estadounidenses, si se los compara con los exigidos a personas naturales o jurídicas estadounidenses.

Con ello se logra explícitamente la aplicación estatutaria de los principios del “Conozca a su Cliente” (*Know your Customer*), el cual obliga a exigir por parte de la Institución Financiera el suministro y consignación de una serie de datos y documentos del cliente, los cuales deben ser archivados y conservados por la institución, constatada su veracidad, mantenidos al día, mantenidos a disposición de las autoridades. Aún cuando esta provisión legislativa no parece requerir el mismo tipo de perfil exigido a su vez por las regulaciones ordinarias del “Conozca a su Cliente”, hacen surgir las mismas interrogantes con respecto a la identificación de los propietarios o beneficiarios finales de cada cuenta.

Entre sus otras disposiciones esta Ley expandiría la lista de acciones que proveen una base para enjuiciar (prosecution) el lavado de dinero en los Estados Unidos de América e incluir algún esquema de acción para detectar y reportar dineros provenientes de la defraudación, soborno u otros hechos de corrupción cometidos por funcionarios públicos de gobiernos extranjeros (incluidos en este ámbito los miembros de las Fuerzas Armadas de países extranjeros), así como la desviación por parte de los gobiernos o funcionarios públicos de fondos provistos por el Fondo Monetario Internacional u otras Instituciones Financieras Internacionales o Multilaterales.



## CONCLUSIONES

- 1) La *Foreign Money Laundering Deterrence and Anti-Corruption Act.*, que podemos denominar en idioma español “Ley de Disuasión del Lavado de Dinero y Anti-Corrupción” tiene como objetivo, como su nombre lo indica la disuasión de las actividades del lavado de dinero proveniente del extranjero y de las prácticas de corrupción vinculadas a tales actividades.
- 2) Esta iniciativa legislativa está en su fase inicial o “embrionaria”, es decir está todavía sujeta a infinidad de cambios, alteraciones, modificaciones o añadiduras que puedan surgir antes de convertirse en Ley (“Act”).
- 3) No obstante ello, del papel que hemos analizado se puede observar que de ser aprobada la iniciativa en cuestión de esta forma, sin modificación alguna, cosa muy poco probable, se obligaría a las instituciones financieras a contar con más actividades de control y prevención del lavado de dinero y corrupción.
- 4) De aprobarse esta iniciativa legislativa, los Estados Unidos de América asumirán nuevamente el papel de certificador de los demás países, pero en este caso, en los temas de lucha contra el lavado de dinero y corrupción gubernamental. El Secretario del Tesoro emitirá un informe anual al Congreso de los Estados Unidos de América, acerca del resultado de las deliberaciones y relaciones entre los Estados Unidos y otros países sobre aspectos relacionados con la prevención y represión del lavado de dinero y políticas anticorrupción, y hechos de corrupción.
- 5) La *Foreign Money Laundering Deterrence and Anti-Corruption Act* expandiría la lista de acciones que proveen una base para enjuiciar el lavado de dinero en los Estados Unidos de América e incluiría esquemas de acción para la persecución de dineros provenientes de defraudación, soborno u otros hechos de corrupción cometidos por funcionarios públicos de gobiernos extranjeros (incluidos en este ámbito los miembros de las Fuerzas Armadas de países extranjeros).

---

---

Este ejemplar se terminó  
de imprimir en  
Caracas  
durante el mes de  
*junio del año 2001,*  
en  
los talleres de  
EDITORIAL TEXTO, C.A.

---

---