



UCAB

Universidad
Católica
Andrés Bello

Caracas
Venezuela

2174-4697

Revista de la Facultad de Derecho Nº 54



aaa4648

Revista de la Facultad
de Derecho
1999 / N° 54

COMPRAR EN LA BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO



Universidad Católica Andrés Bello
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho

Revista de la Facultad de Derecho N° 54

Director Alberto Baumeister T.

Junio 1999

ISSN: 0255-5328

©Universidad Católica Andrés Bello
Facultad de Derecho / Dirección de Publicaciones
Escuela de Derecho / Centro de Investigaciones Jurídicas
Urb. Montalbán - La Vega
Apartado 22320
Caracas 1021. Venezuela

Consejo Editorial

Alberto Baumeister

Director de la Revista de la Facultad de Derecho

Adán Febres Cordero

Decano de la Facultad de Derecho

Fernando Pérez-Llantada

Director de los Postgrados en Derecho

Magaly Vásquez González

Directora de la Escuela de Derecho

María Gracia Morais de Guerrero

Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas

Emilio Píriz Pérez

Director de Publicaciones UCAB

Hermann Escarrá

Profesor 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	7
SECCIÓN DE DOCTRINA	
1. Nacional	
Derecho administrativo	
<i>Aspectos jurídico financieros de las concesiones y el “project financing” en Venezuela,</i> por Alfredo Romero Mendoza	15
Derecho Civil	
General	
<i>Examen retrospectivo de la legislación civil en Venezuela,</i> por José Andrés Fuenmayor G.	39
Obligaciones y contratos	
<i>La revisión judicial del contrato por onerosidad excesiva,</i> por José R. Mélich Orsini	55
Penal y Procesal Penal	
<i>El hombre artificial y el derecho a castigar,</i> por Fernando Fernández	99

<i>El modus operandi en la estafa,</i> por Hernando Grisanti Aveledo	109
---	-----

Política habitacional

<i>Algunas consideraciones sobre la Nueva Ley de Política Habitacional y la instrumentación de nuevos mecanismos de captación de recursos a largo plazo,</i> por Julio Rodríguez B.	119
---	-----

Procesal Civil

<i>Algunos aspectos sobre el juicio ejecutivo de cuentas en el ordenamiento procesal venezolano (Primera parte),</i> por Alberto Baumeister Toledo	127
---	-----

2. Extranjera

Derecho de Familia

<i>Las nuevas técnicas de reproducción humana y sus repercusiones legales en el derecho español,</i> por Rafael Barnard Mainar	155
---	-----

Derecho Tributario

<i>Reflexiones sobre la infracción grave por dejar de ingresar en la legislación tributaria española,</i> por Manuela Fernández Junquera e Isabel García-Ovies Sarandeses	185
---	-----

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

<i>- Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 19 de febrero de 1981. La tasa de intereses bancarios</i>	201
<i>Comentarios sobre el fallo de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia sobre la tasa de intereses bancarios (Primera parte)</i> por Jon Lacasa Astigarraga	225

SECCIÓN DE RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

a. General

por Alberto Baumeister Toledo 259

- *La Hipoteca Inmobiliaria en la Doctrina y la Casación durante el trienio 1992/1994*, José Luis Aguilar Gorrondona
- *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario, Tomo II*, Román J. Duque Corredor
- *Temas sobre Derecho de Seguros*, Manuel Acedo Mendoza y Carlos Eduardo Acedo Sucre
- *Revista Jurídica, Universidad Católica Boliviana, Unidad de Cochabamba*, N° 1, 1997
- *Revista Ibero Lationoamericana de Seguros*, N° 12

b. Comentarios especiales

- *Curso de Derecho Mercantil, Alfredo Morles H., reseña a cargo del profesor Julio Rodríguez Berrizbeitia*
- *Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolano, Magaly Vásquez González, reseña a cargo del Dr. Fernando Pérez-Llantada*

SECCIÓN DE ESPECIALES

Sección Informativa

Noticias de la Facultad
Dirección de Postgrado en Derecho
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Congresos, Jornadas y Eventos
In memoriam 279

SECCIÓN REVISTA DE REVISTAS

Listado de nuevas publicaciones 299

Editorial

LO QUE VES, ESCRÍBELO (APOCALIPSIS 1, 11)

Nuevamente estamos con nuestros apreciados lectores para entregar materiales doctrinarios, comentarios sobre jurisprudencia, novedades de derecho extranjero y noticias sobre el acontecer de nuestra universidad y la relacionada con congresos, eventos e intercambios científicos en materia de Derecho.

En este nuevo año de la Revista son muchos los eventos y situaciones que merecen comentarios y reseña, pues el acontecer nacional así lo ha venido imponiendo.

EL PAÍS

En cuanto al país, predominan en importancia los adversos comentarios generales sobre el lamentable estado de nuestra economía, la falta de criterios claros que permitan a los inversionistas interesarse en Venezuela, y el que hasta la fecha de publicación de este número, aún no esté claro el panorama de la constituyente que casi se ha convertido en enigmático, en otras palabras el panorama político y económico nacional continúa en tinieblas.

El ambiente electoral impuesto por las convocatorias a un referéndum para resolver sobre si procedía o no una reforma constitucional; el de selección de candidatos para elaborar una nueva y el necesario referéndum para que nuestro pueblo decida sobre la aprobación

o no de ese modelo, no han dejado respiro al país, y somos de los que piensan que, de esta atropellada carrera por lograr un cambio, no importa cual, ni para qué, poco o nada quedará de bueno a la patria.

Prácticamente esta mitad de año ha transcurrido entre dimes y diretes entre las nuevas autoridades y quienes antes tuvieron a su cargo las responsabilidades del manejo del país.

Consideramos que arremeter contra instituciones en forma desmedida, injustificada y peligrosa, exponiendo inclusive al desprecio público la vigencia y legitimidad de las mismas no conduce a soluciones de ningún tipo.

Con preocupación hemos observado sepulcral silencio sobre dichos hechos. No cabe imaginarnos el motivo por el cual abogados y especialistas en ciencias políticas, ni las entidades afectadas han mantenido tan inexplicable actitud y ojalá no tengamos que arrepentirnos de ello a corto o mediano plazo.

Es cierto que son deseables cambios en variadas instituciones, áreas de gobierno, sectores del país y en la propia mentalidad de los venezolanos, pero no consideramos prudente ni adecuado el sendero por el cual viene encauzándose al pueblo para que los mismos se produzcan, más cuando a la sociedad nada se le ha mostrado con claridad de cuales serán dichos cambios, a que conducirán los mismos y por supuesto no se ha podido razonar sobre la conveniencia o no de aquellos.

Se ha venido vendiendo como idea que la modificación de nuestra Carta Fundamental es la panacea y solución de todos los problemas que aquejan al país, la varita mágica que todo lo arregla y que milagrosamente nos guiará por el buen camino. Ni ello resulta así, ni es serio sostenerlo.

Estamos seguros que el desengaño que producirá tal mito traerá desolación y desconsuelo, en particular a nuestras clases populares y perderán aún más credibilidad quienes han dirigido esa campaña.

La constituyente, a estas alturas sigue siendo el gran misterio, el milagro que todos esperamos para que se reactive el país. En igual forma se nos transmitió la idea con la Ley Habilitante y todo lo que se ofreció ocurriría con ella. Hasta la fecha nadie podrá negar que la misma no ha producido beneficios ciertos, no siendo siquiera calmante de los muchos males que nos aquejan.

Queremos ser optimistas y desear la mejor suerte a los constituyentistas, a los buenos propósitos del Presidente, y a todos los que como él opinan que con ésta, a corto plazo se producirá la transformación del país, lo cual es esperado con ansias por nuestro pueblo.

Seguimos considerando que la verdad, la prudencia y la sensatez por parte del equipo de gobierno son los indispensables ingredientes de la fórmula mágica que necesitamos para salir adelante, pero no la improvisación, ni la precipitación, ni el crear falsas expectativas, ni el continuar propiciando resentimiento entre clases, ni aún el que se pretende crear para con los fracasados líderes politiqueros que nos gobernaron indebidamente en el pasado apoyados en una democracia enfermiza, y quienes obviamente tienen mucha culpa de cuanto nos acontece. No son ellos los únicos responsables, hay crisis estructurales mucho más profundas.

Sin pretender ser videntes, todo lo que se nos viene ofreciendo como maletín de urgencias médicas para salvar o recuperar al enfermo, no resulta encaminado a provocar resultados óptimos, los ya ahora dos equipos de gobierno a quienes se ha confiado la gestión de administrar el país, dejan mucho que desear y poco han hecho por recuperarlo, generar confianza y producir la seguridad que se ha perdido.

Ojalá podamos decir en nuestra próxima edición que estábamos errados, que tenemos que aplaudir lo que se ha logrado y que ya estamos dirigidos por el mejor camino para lograr la recuperación de la patria.

Los cambios que a nuestro entender son menester no devendrán del jamaqueo político, sino de la efectiva convicción por la necesidad de que se deben modificar muchos entuertos que venimos heredando, y ello no precisamente lo vamos a obtener de los principios y postulados que figuren en una Constitución. Todos debemos estar convencidos de esas modificaciones y de sus bondades, nadie puede quedar por fuera en el esfuerzo que debe hacerse para producirlos, todos tenemos algo que aportar y contribuir con trabajo y convicción, de lo contrario nada se habrá logrado.

Tenemos que desterrar los odios y las venganzas, luchar contra la mediocridad, esforzarnos por recuperar la moral ciudadana, en hacer imperar el orden, en trabajar y luchar para que el país sea grande.

Nuestro problema está mas en lo moral que en lo legal, he allí la dificultad de cuanto nos acontece.

LA REVISTA

Por lo que se refiere al contenido de este nuevo número, debemos dar la bienvenida a nuevos colaboradores, entre otros al doctor José R. Melich Orsini, prestigioso Profesor de Derecho Civil y connotado autor de varias obras que enriquecen nuestra bibliografía jurídica, quien nos aporta un importante estudio sobre La Revisión Judicial del Contrato por Onerosidad Excesiva”, tema delicado y de vigencia evidente en momentos como el que vive nuestra economía, pero su falta de regulación en nuestro ordenamiento y la posibilidad de su puesta en vigencia por vía de interpretación jurisprudencial puede crear serios y graves problemas como los que se han venido presentando con el reconocimiento de la indexación en forma no apegada a los principios doctrinarios y legales que deben regularla. De allí el llamado de atención que nos hace el Profesor Melich en sus conclusiones.

El profesor Alfredo Romero Mendoza, a quien también damos la bienvenida en nuestras páginas nos hace una magnífica presentación sobre los nuevos sistemas de financiamientos de obras públicas y la especial modalidad de los llamados “PROJECT FINANCING” mediante el cual puede lograrse ejecución de las mismas através de novedosos sistemas de concesión y sobre lo cual destaca el autor los problemas que deben afrontarse ante la regulación vigente de los sistemas de concesión de obras en Venezuela.

El doctor Julio Rodríguez B. nos aporta sus ideas sobre nuevos medios de captación de fondos para ser aplicados a los desarrollos que se supone debe producir la novedosa regulación sobre Política Habitacional.

En la sección de colaboración de autores extranjeros se insertan sendos trabajos sobre Regulación de Infracciones graves por dejar de ingresar en el Derecho Tributario Español de las profesoras de la Universidad de Oviedo, doctoras Manuela Fernández J. e Isabel Garcia – Ovies Sarandeses, que no debemos poner en duda resulta de evidente actualidad ante las anunciadas reformas de nuestro sistema tributario.

Por igual, el profesor Rafael Barnard Mainar nos hace entrega de un interesante estudio sobre Las nuevas técnicas de reproducción humana y sus repercusiones legales en el Derecho Español.

El doctor Barnard M. es Profesor invitado en las Universidades Católica y Central y nos brinda un interesante esbozo de la legislación española sobre un tema hasta hoy huérfano de regulación nacional, alertándonos sobre los problemas que generan dichas técnicas en temas tan trascendentes como filiación, paternidad, maternidad, etc. Quiera que nuestros legisladores y el nuevo Gobierno, penetrados de la necesidad de atender a estos cambios tecnológicos, produzcan tempestivamente las regulaciones necesarias y que lo hagan atinadamente, antes de que se produzcan descalabros sociales y desatinos jurídicos.

Este trabajo pone de manifiesto una vez más que la labor de formación de leyes debe quedar en manos de personas especializadas y con un claro concepto de la problemática que dichas normativas pueden originar.

En materia de Derecho Penal y Procesal Penal, se nos unen dos apreciados profesores para aportarnos ideas y novedades, como son el veterano doctor Grisanti Avelado y el apreciado colega Fernando M. Fernández, ambos de conocida trayectoria en el campo de las Ciencias Penales.

En la sección de Jurisprudencia insertamos las partes pertinentes del celebre fallo de la Corte Suprema de 1991 que se pronunció sobre la validez de las tasas de intereses Bancarios y para entidades similares.

Este tema, como lo señala el doctor Jon Lacasa, otro de nuestros recientes colaboradores, quien tiene a su cargo el comentario del fallo respectivo, nuevamente adquiere vigencia, toda vez que el alto costo del dinero bancario vuelve a ponerse de moda en nuestro medio con graves consecuencias para el desarrollo del país, generando el cierre de empresas, despido de trabajadores y una indeseable acumulación de bienes no dinerarios en el patrimonio de los bancos y por lo demás, el citado fallo hace una injustificable diferencia entre los tipos de acreedores, profundamente criticada desde la fecha del citado fallo.

Mucho no se ha escrito al respecto, y sin hacernos solidarios con las ideas del comentarista, nos ha parecido interesante divulgar su pensamiento e inquietudes sobre dicho asunto. La Revista dará cabida a cuantos comentarios se nos remitan sobre dicho tema.

El actual gobierno debe tomar muy en cuenta esta problemática, en tanto que la situación de ello derivada, puede devenir en una nueva crisis del sector bancario. Los Bancos trabajan con dinero, no con bienes

rematados o entregados en pago. Hay sectores que requieren urgentemente del apoyo financiero necesario pues de lo contrario serán muchas las fuentes de trabajo que continuarán cerrándose.

En la Sección Informativa presentamos un breve resumen de las gestiones cumplidas en la Facultad, en el Centro de Investigaciones jurídicas y en la Dirección de Postgrados en Derecho, informaciones estas que por no habérmolas hecho llegar las respectivas dependencias, tuvimos que omitir en el anterior número de nuestra Revista, y que no dejan de ser trascendentes pues revelan el pulso de nuestra Facultad y el comportamiento e inquietudes de nuestros alumnos.

También en ella damos cuenta sobre la celebración de Congresos, Jornadas y eventos, acaecidos y por celebrarse, que estamos seguros será interesante para todos nuestros lectores y pone de manifiesto la actividad científica que viene cumpliéndose en el país y el exterior.

Por razón de las dificultades de proveer un servicio de suscripción de la Revista, y reconociendo los inconvenientes de llegar a la sede de nuestra Universidad, queremos difundir entre nuestros lectores interesados el que ha sido celebrado un convenio especial con la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, cuya sede se encuentra en la Avenida Francisco Solano de Sabana Grande, Edificio Torre Oasis, planta baja, muy cercana a la Estación del Metro Sabana Grande, con el objeto de atender a quienes deseen mantener al día las publicaciones de nuestra Revista y en general las de obras de la UCAB.

De acuerdo a dicho convenio, se procurará llevar un listado al día de nuestros lectores habituales y de los interesados en las mencionadas publicaciones, lo cual permitirá darles aviso de toda nueva edición de obras. Se concederá un descuento especial a nuestros profesores y a los interesados que manifiesten su deseo de figurar en las listas regulares de usuarios de las publicaciones. Lo dicho esperamos facilite el que mantengan al día sus colecciones y en adición tendrán la facilidad de adquirir otras publicaciones de la UCAB y las obras de la Editorial Jurídica Venezolana, Revista de Derecho Público, etc.

Finalmente hacemos recensión de una serie de obras que han venido apareciendo últimamente, de útil e interesante contenido, así como de las Revistas que nos han llegado a la Dirección de Publicaciones.

En la misma Sección de Recensiones Bibliográficas y debido a un lamentable error de imprenta en el pasado número de la Revista, incluimos

de nuevo la nota de recensión de la importante obra del doctor Alfredo Morles Hernández, Curso de Derecho Mercantil, siendo su autor el Profesor Julio Rodríguez Berrizbeitia y cuya autoría quedó imperdonablemente omitida en el pasado número de nuestra publicación, todo lo cual justifica su re inserción esperando ser perdonados por esa lamentable falla.

En fin, como siempre, en este número 54 de la Revista, nos hemos esmerado en presentar importante, actualizado, variado y novedoso material que esperamos cuente con el agrado de todos.

Alberto Baumeister Toledo
Director

SECCIÓN DE DOCTRINA
Nacional

Aspectos jurídico-financieros de las concesiones y el “Project Financing” en Venezuela

Alfredo Romero Mendoza *

INTRODUCCIÓN

Con el objeto de desarrollar obras de infraestructura el Ejecutivo central o regional posee diferentes fuentes posibles de financiamiento: 1. Presupuesto ordinario. 2. Crédito público (endeudamiento). 3. Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES) –sólo en el caso de gobiernos descentralizados – y, 4. Esquemas de financiamiento privado.

En cuanto a la construcción, las obras de infraestructura conllevan costos de inversión muy altos como para ser financiadas a través de recursos presupuestarios ordinarios o a través del FIDES en el caso de los estados y municipios. Asimismo, el peso de la Deuda Pública venezolana en las finanzas públicas, obliga a disminuir notablemente la utilización del crédito público para el financiamiento de obras de

* Profesor del Postgrado de Derecho Financiero y de la Dirección de Formación Continua, Universidad Católica Andrés Bello (Cátedras: Sistema Financiero Internacional y Finanzas Públicas y Deuda Pública: Economía, Finanzas y Desarrollo).

infraestructura. Consecuentemente, se hace necesario la utilización de mecanismos de financiamiento privado que bajo fórmulas que no requieran de la participación financiera del Estado, logren la construcción de obras y servicios públicos.

En cuanto a la explotación de la obra o servicio público, en la actualidad se ha logrado incorporar en Venezuela la concepción de la autofinanciación. Esto se traduce en el cobro de tarifas o peajes para lograr la recuperación de costos por operación y mantenimiento. Esta concepción de la autofinanciación de obras ha traído como consecuencia, en el caso de las autopistas regionales, la implementación del peaje como mecanismo de recuperación de costos. Sin embargo, esto no implica financiamiento privado o Concesión, a pesar de que en varios casos son empresas privadas las encargadas de administrar el cobro de los peajes. En estos casos la empresa privada participa bajo un contrato de servicio y no se responsabiliza directamente por la operación y mantenimiento de la obra. Es el sector público el que continua asumiendo la obligación de mantener la obra.

El mecanismo de financiamiento privado implica que la empresa inversionista asuma por su propia cuenta y riesgo el diseño y/o la construcción y la explotación de la obra o servicio público. Por lo tanto, el Estado funciona como ente regulador del privado responsable de la obra o servicio y no como gerente de la misma. Bajo el esquema de financiamiento privado se intenta lograr la “insulación” del Estado en cuanto a los riesgos de construcción y/o operación de la obra, mientras se le permite al privado aprovechar los beneficios comerciales de la obra logrando así un servicio público más eficiente.

El mecanismo de financiamiento privado para la construcción de obras se denomina en el mercado financiero internacional “Project Financing” y se distingue del financiamiento corporativo principalmente por la dependencia del reembolso del préstamo en los ingresos producidos por el proyecto¹.

Existe, en cierta medida, una relación directa entre el “Project Financing” y la Concesión Pública. El derecho venezolano considera ciertas obras y servicios como de utilidad pública o de interés nacional por lo

1 Ver Auerback, Raymond M. *Project Financing Concerns* en Norton, Joseph J & Auerback, Raymond M.

que se prohíbe la transmisión de la propiedad de las mismas fuera del Estado. Sin embargo, nuestro Derecho Administrativo, basado en el francés, ha permitido la transmisión del derecho de explotación de la obra o servicio público donde el Estado se reserva la propiedad y control sobre la obra. Este mecanismo es el de la Concesión Pública el cual se encuentra regulado actualmente en Venezuela por el Decreto-ley de Concesiones de Obras Públicas y Servicios Públicos de 1994.

LA CONCESIÓN PÚBLICA

La Concesión Pública no es un mecanismo nuevo. Esta forma de transmisión de obras y servicios públicos a personas privadas se conoce, tal como hoy la conocemos, desde principios de este siglo². A consecuencia de la concepción de “utilidad pública” e “interés general” que promovía la intervención directa del Estado en el desarrollo y gestión de los servicios públicos, el mecanismo de la concesión pública para ejecución de obras esenciales de infraestructura perdió cierta relevancia. Sin embargo, en la actualidad vuelve a surgir el interés por este mecanismo, en vista de la nueva concepción existente sobre la incorporación del privado en el desarrollo de las obras y los servicios públicos.

De acuerdo a lo establecido por la doctrina existen dos tipos de concesiones públicas. La Concesión de Obra Pública y la Concesión de Servicio Público. En la primera, el Estado le confía a una persona privada desde la ejecución de la obra hasta la prestación del servicio público. En la segunda el privado se encarga sólo de la explotación del servicio público. Sea cual sea el tipo de Concesión lo más importante es que a través de concesión pública la administración encarga *temporalmente* a una persona la ejecución de un *servicio público*, transmitiéndoles ciertos poderes jurídicos y efectuándose la explotación bajo su vigilancia y control, pero *por cuenta y riesgo* del concesionario. En la concesión pública, una actividad de Utilidad Pública (servicio público), que es netamente responsabilidad del Estado, se le encarga a un privado de manera temporal para que este la desarrolle por su cuenta y riesgo y obtenga una ganancia pecuniaria en el período de tiempo establecido³.

2 Ver Sayagués Laso, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo II*, Montevideo 1959, pags 11-12.

3 Ídem, pags. 12-14.

Uno de los puntos más importantes que esta ponencia pretende resaltar, es que no necesariamente toda obra o servicio promovido por el Estado requiere del mecanismo de la concesión pública. Esto dependerá del tipo de obra o servicio si es de utilidad pública o no y de los componentes de esa obra o servicio (puede ser una obra de utilidad pública pero ciertos negocios conexos a ella no lo son). Específicamente el Decreto-ley de Concesiones vigente se aplica a las obras públicas nacionales y el Art. 2º de dicha normativa jurídica define obra pública nacional como “toda construcción, tales como carreteras, ferrocarriles, puertos, puentes, túneles, viaductos, obras hidráulicas y de saneamiento, edificios, fortificaciones, aeropuertos, monumentos y otras obras análogas, así como la reforma, reparación y conservación de los mismos bienes, que se ejecute con fondos nacionales o con fondos privados bajo el sistema de concesión”. De la misma manera el Artículo 4º de la misma norma declara de utilidad pública “la construcción, explotación, conservación y mantenimiento de las obras públicas nacionales a las que se refiere el Artículo 2º.

Como podemos observar el Decreto-ley de Concesiones regula las obras de utilidad pública señaladas anteriormente. Otras obras o negocios conexos a las mismas obras de utilidad pública señaladas, que no posean carácter de tal, no necesariamente requieren del proceso de la concesión pública. En este sentido, la concesión pública se explica en el caso de un ferrocarril, pero no en el caso de un edificio de oficinas adyacente a una estación o un hotel dentro del área de un aeropuerto.

¿QUÉ ES EL PROJECT FINANCING?

Como consecuencia de la crisis de la deuda de 1982 se desató una recesión que ha alcanzado hasta los años noventa en cuanto a préstamos para proyectos se refiere, sobre todo en lo que respecta a los países en desarrollo. Con el objeto de recuperar el flujo de capital para el financiamiento de proyectos, los abogados y los proveedores de fondos internacionales comenzaron a diseñar mecanismos jurídicos que permitieran: (1) proteger el dinero de los prestamistas; y (2) desarrollar alternativas más flexibles para los prestatarios que evitaran el incumplimiento (“default”) de los préstamos. De esta manera se idean

esquemas de financiamiento de proyectos donde el reembolso del préstamo deriva del éxito financiero del proyecto ⁴.

El financiamiento privado autónomo de proyectos públicos (“Project Financing”)⁵, desde el punto de vista de los países receptores de inversión, aparece como una alternativa para la ejecución y desarrollo de infraestructura pública en vista de la insuficiencia de recursos presupuestarios o capacidad crediticia por parte del Estado para la financiación de dichas obras en forma directa. Asimismo, el financiamiento privado permite el desarrollo de servicios públicos por empresas privadas con mayor experiencia y capacidad en la construcción y explotación de las mismas que el propio Estado.

Bajo el esquema de financiamiento autónomo de proyectos (“Project Financing”) se busca que el proyecto se financie por sí mismo. Es decir, que el proveedor de los fondos financieros para la construcción y/o explotación de la obra o servicio obtenga su recuperación a través de la rentabilidad que la misma obra o servicio público ofrece. En este mismo sentido, se pretende que el Estado o Ente Público Ejecutor no suscriba fianzas u otorgue garantías en favor del financista del proyecto. Por esta razón es que se identifica a este tipo de esquemas de financiamiento como sin garantía (“Non Recourse”) o de garantía limitada (“Limited Recourse”).

En el esquema de “Project Financing”, el constructor y/o operador de la obra o servicio busca el financiamiento de un prestamista o inversionista financiero quien hará depender el reembolso del crédito para la obra o servicio en el flujo de caja a producirse por la explotación de la misma. En este sentido, el banco o agente financiero incorporará mecanismos que funcionen como “cuasi-garantías”, tomando en consideración el retorno que se derive de la operación de la obra o servicio. Esto con el objeto de permitir asegurar de alguna manera el

4 Ídem, pag. 90-91.

5 Rodner traduce el “Project Financing” en español como Financiamiento Autónomo de Proyectos. Esta denominación es adecuada en vista de que el proyecto es autónomo en cuanto a su financiamiento. En este sentido, el autor indica que “los que proveen financiamiento (banca internacional, mercados de capital) estiman como fuente primaria de fondos necesarios para el pago de los financiamientos, el efectivo que genera el propio proyecto”. Ver Rodner, James-Otis. *La Inversión Internacional en Países en Desarrollo*. Caracas, 1993, pag. 291.

reembolso de los fondos financieros, sin incorporar colaterales basados en garantías reales u otras formas comunes de garantizar préstamos.

En vista de la relación directa del reembolso del préstamo con el éxito económico financiero del proyecto, el “Project Financing” se caracteriza por la existencia de una *cadena interdependiente de relaciones contractuales*. Dicha interrelación de obligaciones, como señalaremos más adelante, tiene como objetivo garantizar la culminación de la obra, la operación de la misma en forma rentable y la destinación prioritaria de los recursos obtenidos al pago de capital e intereses del financiamiento. Observemos entonces, que este mecanismo de financiamiento establece una relación directa entre la provisión de fondos y el éxito comercial del proyecto. Por ello el proveedor de los recursos financieros deberá enmarcar su inversión bajo las formas jurídicas apropiadas que garanticen de la mejor manera tal éxito del proyecto.

MOMENTOS Y MECANISMOS PARA ASUMIR EL DERECHO SOBRE LA OBRA O SERVICIO POR PARTE DEL INVERSIONISTA PRIVADO

¿Cuándo Asume la Responsabilidad el Privado?

Todo proyecto de infraestructura posee tres fases fundamentales: 1. El Diseño; 2. La Construcción; y 3. El Desarrollo. Dependerá de la interrelación entre las características físicas, comerciales y socio-políticas del proyecto, la fase en que el privado se obligue por su cuenta y riesgo con respecto a la obra o servicio público.

En lo que respecta al aspecto físico de la obra, dependerá de: (i) Si la obra se encuentra construida total o parcialmente. (ii) Si la obra se encuentra en operación, o (iii) Si la obra se encuentra diseñada o no, para determinar en qué momento el privado se encargará. En caso de que la obra no se encuentre construida, el aspecto comercial y financiero de la misma determinará el que el privado asuma o no, total o parcialmente, por su cuenta y riesgo el desarrollo de la obra o servicio desde el momento de su construcción. En el supuesto de que la obra o servicio no posea la rentabilidad esperada, incluyendo el costo de inversión en construcción, el Estado deberá participar financieramente de manera total o parcial en dicha fase del proyecto con el objeto de lograr el balance financiero adecuado para dicho proyecto. En este caso, el privado asumiría sólo los

costos parciales de inversión, así como los costos de explotación de la obra o servicio (Ej. Administración, mantenimiento, etc.)

Existe asimismo la posibilidad de que la obra no se encuentre diseñada ni construida y el gobierno decida buscar la intervención del privado desde el momento mismo del diseño. En este sentido, el privado diseñará la obra requerida (Ej. Una represa, un aeropuerto, etc) de la manera más conveniente desde el punto de vista comercial y desarrollará las próximas fases para el desarrollo de la obra por su cuenta y riesgo. La posibilidad de que el privado participe asumiendo los costos de la obra desde la fase de diseño, dependerá lógicamente de la rentabilidad esperada de la explotación de la obra, en el sentido de que la misma sea suficiente como para cubrir los costos de inversión desde esa fase.

Otra consideración importante para determinar en qué fase el privado participará, es el factor socio-político. El gobierno deberá decidir si el diseño, construcción y explotación de la obra o servicio basada en elementos comerciales y financieros, se corresponden con las expectativas socio-económicas y políticas esperadas. Por ejemplo, es quizás más rentable para el privado construir un ferrocarril sólo de carga desde Puerto Cabello a Caracas.

Sin embargo, social y políticamente es quizás necesario incluir el servicio de pasajeros hasta Caracas que involucra mayores costos de inversión, operación y mantenimiento, pero es un requerimiento socio político. De acuerdo a esto el Ente Ejecutor del Estado deberá determinar si aportará los recursos financieros necesarios para subsidiar el servicio de pasajeros.

¿Cómo Asume la Responsabilidad el Privado?

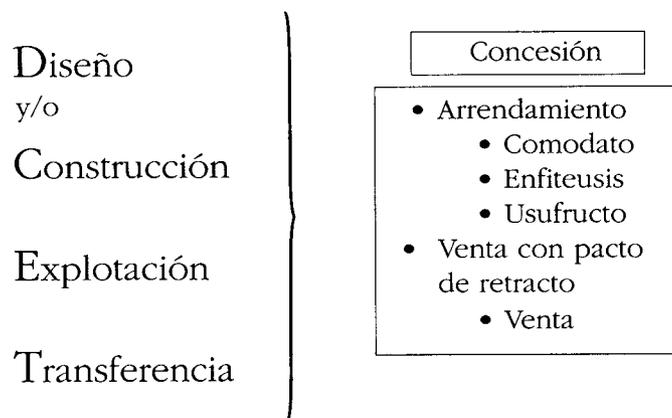
Dependiendo del tipo de proyecto, si constituye una obra o servicio de interés nacional o utilidad pública y dependiendo del interés del gobierno con respecto al mismo, podrán surgir diferentes mecanismos ya sean de derecho privado o de derecho público, para que el privado asuma la responsabilidad de la obra o servicio. Con respecto a obras o servicios de utilidad pública, el mecanismo de transmisión de derechos al privado es a través de la concesión.

En caso de otro tipo de servicios de beneficio para el Estado, pero que no se consideren como de utilidad pública, se hace más ágil y eficiente y por lo tanto más lógico la utilización de fórmulas de derecho privado.

Acorde con esto, si se requiere una transmisión de un bien (eg. un terreno para la construcción de un estacionamiento) donde el Estado se reserve el derecho de propiedad, nuestro ordenamiento jurídico permite contrataciones como las siguientes: arrendamiento, comodato, enfiteusis, venta con pacto de retracto. En caso de que no sea necesario la reserva de la propiedad, la simple venta podrá ser utilizada para que el privado desarrolle la obra que el Estado requiere. De cualquier forma el Estado puede contractualmente establecer mecanismos de control o especificaciones técnicas sobre la obra o bienhechurías que se desarrollen sobre el terreno.

CUADRO 1
MECANISMOS DE TRANSMISIÓN DE DERECHOS SOBRE
LA OBRA O SERVICIO PÚBLICO

¿Cómo asume la responsabilidad el privado?



Un ejemplo interesante de combinación de modos de carácter privado y público de transmisión de la propiedad lo podemos encontrar en el caso del proyecto de un ferrocarril. En este caso, lo que se concibe netamente de utilidad pública es la vía férrea. Sin embargo, el material rodante (locomotoras, vagones, etc) no es necesariamente de utilidad pública. En consecuencia, estos bienes podrían arrendarse o venderse a los privados y la concesión existiría sólo sobre el uso de la vía para que el material rodante de carácter privado preste su servicio de transporte.

Otro caso podría ser la construcción de un hotel o un estacionamiento dentro del área de un aeropuerto. El Aeropuerto es una obra de utilidad pública. Sin embargo, el hotel o el estacionamiento son obras de carácter privado cuya construcción u operación podría ser transferida al privado a través de fórmulas típicas de derecho privado. Por ejemplo, si el terreno es del Estado, éste podría cederlo al privado a través de un contrato de comodato que constituye una transmisión de derechos sobre el inmueble, pero no implica transmisión de propiedad. Bajo este contrato, el privado se obligaría a ejecutar la obra con posibles limitaciones de orden público, mientras el Estado se obliga a respetar el contrato de comodato por el tiempo mínimo necesario para que el inversionista obtenga su rentabilidad esperada.

LA COMPAÑÍA DEL PROYECTO

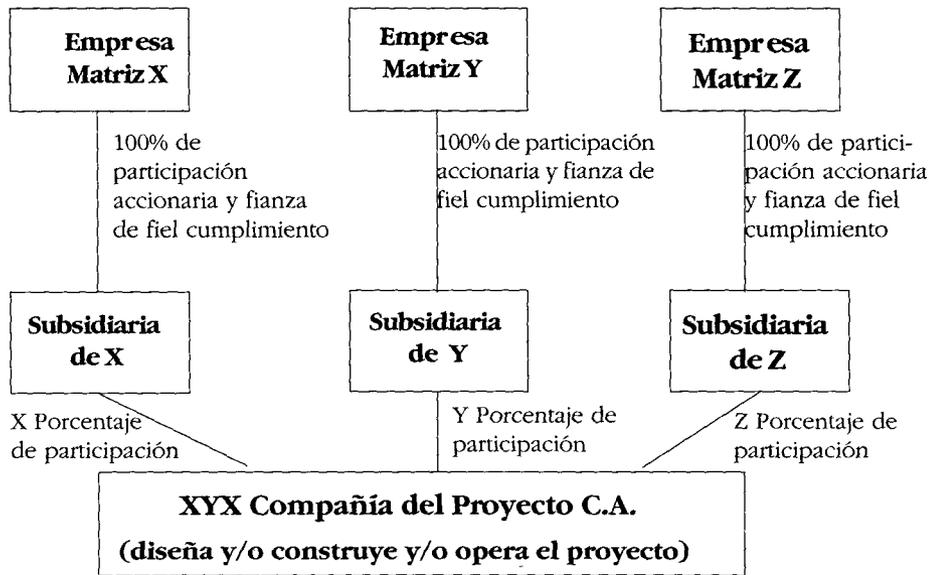
El esquema de “project financing”, tal como lo mencionamos anteriormente, pretende excluir la garantía de la empresa matriz y del ente ejecutor de la obra como colateral del crédito. La compañía responsable de la obra (la Compañía del Proyecto) es un vehículo legal independiente creada como subsidiaria de la empresa matriz y tendrá el único objeto de construir y operar la respectiva obra o servicio. Esta compañía la conforma un “casarón” sin contenido en vista de que la obra, que es el único bien que conforma la misma, no existe⁶. Una posibilidad es la creación de hipotecas sobre los bienes a futuro. Sin embargo, además de la poca eficiencia de este mecanismo, en varios países, incluyendo Venezuela, no es posible crear hipotecas sobre bienes a futuro. Por otra parte, en Venezuela, así como en otros países, no se permite la constitución de garantía sobre bienes del dominio público.

Teóricamente, la empresa matriz se encuentra desligada totalmente del reembolso del crédito, es decir, no tiene responsabilidad en cuanto al proyecto en cuestión. Asimismo, el ente ejecutor de la obra (ej. Gobierno Central o Gobierno Local), no otorga fianzas o garantías para asegurar el reembolso del crédito. Por lo tanto, los únicos bienes que posee la compañía responsable del proyecto son bienes a futuro que su

6 Ver Rushton, Christopher y McNair, Damian. *Public projects: private finance. Project financing in emerging markets*. PLC Diciembre, 1994, pags.22-23.

construcción deriva del financiamiento. En este sentido, la garantía más sólida que posee el financista es el éxito económico de la obra o servicio.

CUADRO 2
ESTRUCTURA DE PARTICIPACIÓN ACCIONARIA Y AISLAMIENTO ENTRE LA
COMPAÑÍA DEL PROYECTO Y LA EMPRESA MATRIZ



Fuente: Finnerty, John D. *Project Financing: Asset-Based Financial Engineering*

A consecuencia de la inexistencia de fianzas, garantías reales u otro recurso contra el Ente Ejecutor del Estado y/o la Empresa Matriz, el financista requiere utilizar mecanismos que sirvan como quasi-garantías para proteger su reembolso. Tales mecanismos se basan en lo siguiente:

1. El reembolso del crédito dependerá en principio de la terminación de la obra y posteriormente del flujo de caja de la operación de la misma.
2. Dicho flujo de caja depende de la demanda del producto que resulte de la operación de la obra.
3. La producción de ese producto depende del suministro de materias primas o servicios de mantenimiento.

Con respecto a lo mencionado anteriormente, la garantía del reembolso del financiamiento estará relacionada:

1. Con la garantía de la

culminación de la obra de acuerdo a las condiciones técnicas y de tiempo estipulado. 2. Con la garantía de que la tarifa, la demanda y los suministros de materia prima o servicios correspondientes, en el monto, cantidad y calidad adecuados, se obtengan de acuerdo al precio y en el tiempo específico para hacer eficiente y rentable la operación de la obra o servicio. Para lograr una correlación entre esta serie de obligaciones, será necesario diseñar una cadena de relaciones contractuales interdependientes que garanticen el buen desarrollo y resultado financiero esperado del proyecto tal como indicaremos más adelante.

ESQUEMAS DE FINANCIAMIENTO PRIVADO DE PROYECTOS

BOT (Build, Operate & Transfer) o CET (Construye, Explora y Transfiere)

Con base en este esquema, el privado se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir la obra, operarla o explotarla por un tiempo determinado, en consideración del tiempo necesario para obtener el retorno esperado, y luego transferir la misma nuevamente al Estado⁷. En Venezuela, en el caso de obras de carácter nacional y de utilidad pública tales como ferrocarriles, puertos, puentes, túneles, viaductos, obras hidráulicas y de saneamiento, entre otras, el mecanismo obligatorio es el de la concesión de acuerdo al Decreto Ley Sobre Concesiones de Obras y Servicios Públicos Nacionales⁸. Sin embargo, en otro tipo de obras o negocios no considerados de utilidad pública el Estado podría desarrollar obras bajo esquemas de transmisión de propiedad de derecho privado tales como arrendamiento, comodato, enfiteusis, venta con pacto de retracto. En cualquiera de estos mecanismos el Estado se podría reservar el derecho de reversión de la obra o servicio y estipulando un período de vigencia de la explotación con posibilidad de ser extendido.

7 Rushton, Christopher y McNair, Damian, pags.21-22

8 Según el artículo 3º del Decreto Ley Sobre Concesiones de Obras y Servicios Públicos, se entiende por concesión el modo indirecto de gestionar, mediante contrato, los servicios públicos de competencia nacional que tengan un contenido económico y sean susceptibles de explotación por los concesionarios, quienes asumen, por su cuenta y riesgo, la responsabilidad de explotar el servicio a cambio de percibir de los usuarios una cantidad de dinero que se determinará mediante tarifa.

Existen variantes del esquema BOT, tal como el DBOF (Design, Build, Operate, Finance) Diseña, Construye, Explota y Financia donde el privado se responsabiliza de todo el proceso desde el diseño de la obra hasta la operación exitosa de la misma incluyendo el financiamiento por el período estipulado. De acuerdo a este esquema, el Estado transfiere la responsabilidad del diseño la construcción la operación y el financiamiento de la obra o servicio al privado y es posible que se establezca el pago del Estado de un monto por la operación del servicio. Por ejemplo, en el “Project Financing” de prisiones en Inglaterra el Estado le encarga al privado el diseño, construcción, financiamiento y operación de la prisión y el primero se obliga a pagarle una tarifa establecida por preso. Asimismo, el privado se responsabiliza en ciertos casos por la obtención de resultados (eg. rehabilitación del preso) de acuerdo a los resultados obtenidos el privado podría obtener bonificaciones pecuniarias por parte del Estado.

BLT (Build, Lease & Transfer) o CAT (Construye, Arrienda y Transfiere)

En relación con este esquema, la compañía beneficiaria se compromete a construir la obra para luego arrendar la misma al Estado obteniendo un canon de arrendamiento por un período de tiempo determinado y luego transferir la propiedad de la obra al Estado al transcurrir el tiempo necesario para recuperar la inversión con su respectiva ganancia. En el caso venezolano, al menos en cuanto se refiere a obras de utilidad pública, la propiedad no puede transferirse al privado. Por ello el único esquema posible para obras o servicios de utilidad pública sería aquel que no implique transferencia de la propiedad mediante el esquema de concesión pública. Por ejemplo, en el caso de un hospital el Estado encargaría a un privado la construcción del mismo. Este último al momento de finalizar la obra la cual pasa a ser de su propiedad se la arrienda al Estado quien le pagará un canon acordado por un tiempo determinado.

BT (Build & Transfer) o CT (Construye y Transfiere)

Bajo este esquema contractual la entidad privada se obliga a construir y financiar la obra la cual, al finalizarse, es transferida al Estado quien deberá pagar al privado toda la inversión más el retorno estipulado. En este esquema lo que desea el Estado es transferir el riesgo de construcción al privado y sólo paga por el proyecto llave en mano para ser explotado.

BOO (Build, Own & Operate) o CAO (Construye, Adquiere y Opera)

De acuerdo a este mecanismo, el privado construye, se adueña de la obra y la opera. Observemos aquí, al igual que en el esquema BLT existe transferencia de la propiedad al privado con la diferencia de que en el BOO el privado adquiere el derecho de construir y operar sin necesidad de transferir o alquilar la obra al Estado.

Además de los esquemas mencionados, existen muchos otros que funcionan como variaciones de estos en cuanto a los aspectos contractuales y de propiedad. En el caso de Venezuela los esquemas podrán aplicarse o estarán sujetos a ciertas diferencias dependiendo del tipo de obra o servicio (de utilidad pública o no) y de las leyes aplicables.

RIESGOS Y MECANISMOS DE MITIGACIÓN

En vista de que el financiamiento depende de un evento futuro e incierto en cierta forma, el prestamista o proveedor de fondos debe procurar buscar los mecanismos jurídico financieros que permitan asegurar que la obra o servicio producirá los ingresos esperados. A diferencia de un financiamiento corporativo de un banco donde este solicita garantías reales sobre bienes presentes para garantizar el reembolso del préstamo, en el mecanismo de “Project Financing” en su pura expresión, el prestamista asume los riesgos del proyecto de manera directa.

Dentro de los riesgos del “Project Financing” y su posible mitigación se encuentran los siguientes ⁹:

9 Ver Rushton, Christopher y McNair, Damian, pags.21-27 para un análisis de los riesgos y su mitigación en el Project Financing.

Cuadro 3

RIESGOS	MECANISMO DE MITIGACIÓN
Riesgo de culminación	Fianza de fiel cumplimiento
Riesgo tecnológico	Fianza de fiel cumplimiento
Riesgo judicial	Cláusulas de arbitraje comercial/Foro extranjero
Riesgo político	Inclusión de instituciones financieras multilaterales o bilaterales
Riesgo ambiental	Adaptación del proyecto o regulaciones estrictas internacionales
Riesgo cambiario	1. Cuentas de retención o fideicomisos en el exterior 2. Garantía cambiaria por parte del Banco Central
Riesgo comercial	1. Garantía del Estado 2. Convenios "Take of Pay" (Consume o paga), Take & Pay (Consume y paga), Shadow tolls.

Riesgo de Culminación: El riesgo de que no se culmine la obra por incumplimiento de la empresa responsable (La compañía del proyecto).

Normalmente este riesgo se mitiga a través de una fianza de fiel cumplimiento por parte del constructor.

Riesgo Tecnológico: El riesgo de que el constructor no incorpore los elementos técnicos o tecnológicos necesarios para el funcionamiento de la obra o servicio de la manera apropiada, de acuerdo a las condiciones establecidas por el ente concedente o promotor del proyecto. Para la mitigación del riesgo se requiere igualmente una fianza de fiel cumplimiento por parte del constructor.

Riesgo Judicial y Político: El riesgo de que existan cambios en el marco regulatorio, decisiones judiciales discriminatorias y condiciones políticas a consecuencia de decisiones o actitudes de gobiernos. (Ej. No

se respetan las cláusulas contractuales aceptadas, control de cambio, etc). Para el riesgo judicial se requerirá, entre otras cosas, incorporar dentro del contrato mecanismos de arbitraje internacional. Con respecto al riesgo político la inclusión de Instituciones Financieras Multilaterales es una opción, en vista del poder diplomático que las mismas tienen.

Riesgo Ambiental: Los proyectos sujetos al esquema de “project financing” son normalmente aquellos de capital intensivo con altas repercusiones ambientales. La entidad privada “concesionaria” debe tomar en cuenta el riesgo de violar regulaciones ambientales presentes y futuras. En este sentido, se estima conveniente la adaptación del proyecto a regulaciones ambientales de carácter internacional, de acuerdo a regulaciones de países desarrollados.

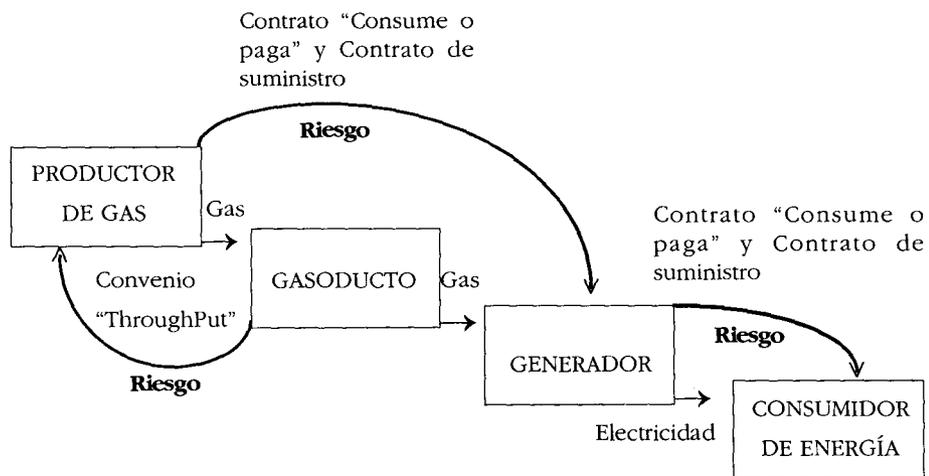
Riesgo Cambiario: El riesgo de que exista una devaluación en la moneda de ingreso al proyecto con relación a la moneda de pago del crédito. Para mitigare este riesgo se puede realizar lo siguiente:

- (i) Constituir cuentas de retención en el exterior a nombre del prestatario, pero hipotecadas a favor del prestamista, o fideicomisos en el exterior. El sentido de esto es que un banco extranjero reciba directamente el dinero proveniente de los ingresos de la explotación del proyecto y el mismo banco o fideicomiso distribuya el monto de acuerdo a las prioridades, colocando el pago del reembolsos del préstamo dentro de las primeras prioridades de pago.
- (ii) o se busca obtener una garantía cambiaria por parte del Banco Central. Bajo esta modalidad el Banco Central se compromete en otorgar divisas a un determinado precio y en el momento que se requiera para el caso del proyecto en específico

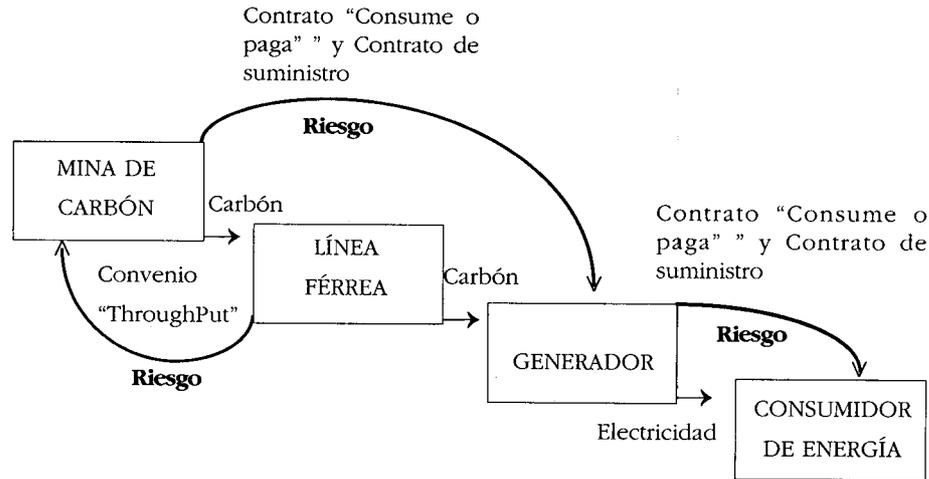
Riesgo Comercial o Económico: El riesgo de que la demanda del producto que se obtenga por la obra no sea suficiente para cubrir el pago de servicio de deuda y gastos operativos y de mantenimiento. Para mitigar este riesgo se requerirá de contratos de obligación de compra del producto o pago obligatorio por el producto. Este tipo de relaciones contractuales se conocen como “take or pay” (consume o paga), “take & pay” (consume y paga), “through-put” (transparencia) o “shadow tolls” (peajes sombras o subsidios).

El siguiente cuadro presenta la transmisión de los riesgos financieros y comerciales al último consumidor, logrando entrelazar las obligaciones de suministro, y consumo de tal manera que el proyecto garantice su éxito comercial y financiero.

Cuadro 4
Project Financing para Construcción y Explotación
de un Gasoducto



Cuadro 5
Project Financing para Construcción y Explotación
de un Gasoducto



Fuente: Publicación Arhurst Morris Crisp

MARCO CONTRACTUAL: RELACIONES JURÍDICAS INTERDEPENDIENTES

La variedad de riesgos que el "Project Financing" y la necesidad de mitigación de los mismos conlleva a la creación de una cadena de contratos interrelacionados con respecto a la compra del producto de la obra o servicio, la venta de materias primas y servicios necesarios para la operación y mantenimiento de la misma. Todo ello con el objeto de asegurar el éxito del proyecto y por lo tanto el reembolso del crédito.

Dentro de los contratos que podrían derivar de un esquema de financiamiento autónomo de proyectos encontramos los siguientes:

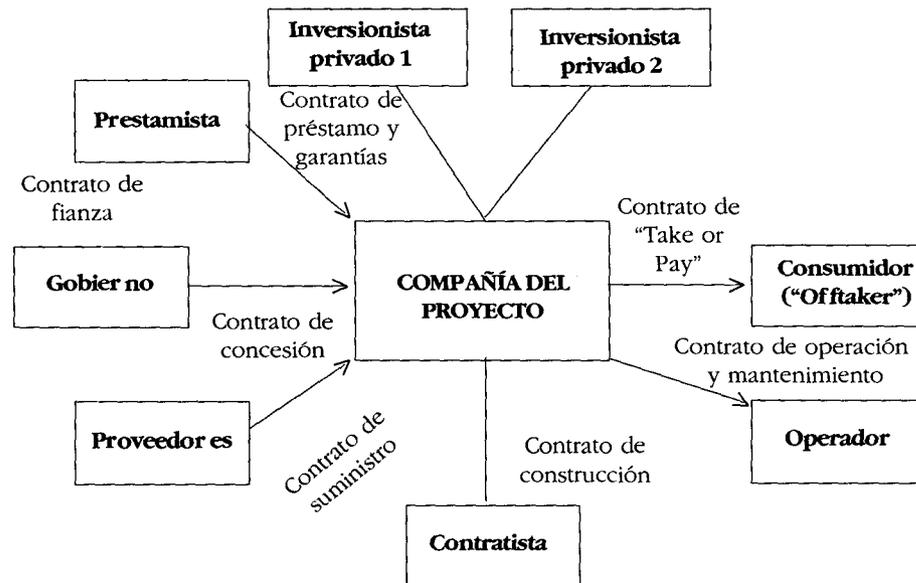
1. Contrato de concesión: en el caso de obras de utilidad pública se requiere un contrato de concesión en concordancia con lo establecido en la Ley de Concesiones y cumpliendo con los requisitos y obligado por las condiciones obligatorias que la misma ley establece.

2. Contrato de Construcción: establece la obligación de construir por parte de la empresa beneficiaria de acuerdo a los términos y condiciones acordados por el ente ejecutor.
3. Contrato de suministro de equipos o materiales de construcción.
4. Contrato de operación: establece la obligación de operar por parte de la empresa concesionaria de acuerdo a los términos y condiciones legales y convencionales.
5. Contrato de garantía de compra a futuro: Estos contratos tienen la intención de crear derechos y obligaciones sobre el producto que se obtenga de la obra o servicio al momento de que estas se encuentren en ejecución. Esto con el objeto de asegurar la destinación de los recursos de la venta de los productos de la obra o servicio al reembolso del financiamiento y cobertura de costos operativos. Dentro de estos se incluyen los contratos de “Consume o Paga” (Take or Pay) o “Consume y Paga” (Take & Pay). Estos contratos contienen compromisos por parte de los consumidores del servicio o producto donde estos se comprometen a consumir el producto en cierta proporción o a pagar por el producto o servicio así no se consume (Consume o Paga). En el caso de “Consume y Paga” el consumidor del servicio o producto se obliga a consumir el producto y pagarlo, pero si el consumidor no requiere del producto o servicio, es decir, si no lo consume no se obliga a pagarlo.¹⁰
6. Contrato de garantía de suministro futuro: estos contratos contienen la obligación por parte de proveedores de materias primas esenciales, combustible, etc., para la operación de la obra o servicio de suministrar las mismas.
7. Contrato de Fianza o Garantía por parte del Estado: este contrato reflejaría la obligación del Estado de garantizarle al privado el éxito de la obra o servicios a través de una compensación pecuniaria en caso de no cumplirse los objetivos financieros esperados. Esto con el objeto de proporcionar respaldo al financiamiento en caso de que la obra no aporte los frutos en la proporción adecuada de acuerdo al tiempo establecido.

10 Freshfields. *Project Finance (Fourth Edition)*. Septiembre, 1996, pags. 8-9.

8. Contrato de Fianza de Fiel Cumplimiento: bajo este contrato se constituye una fianza a favor del Ente Ejecutor del Estado en caso de que el proyecto no se realice según el cronograma de ejecución establecido o de acuerdo a las características técnicas acordadas por causas imputables al constructor.
9. Contrato de Crédito: El banco o financista firmará un contrato de préstamo o emisión de títulos con la empresa responsable del proyecto (La compañía del proyecto). Este financiamiento, como se mencionó anteriormente, dependerá del flujo del efectivo resultante de la explotación del proyecto.

Cuadro 6
Relaciones Contractuales Interdependientes



El Contrato de crédito, que es el que provee los recursos para el desarrollo del proyecto, utilizará como garantía o colateral los únicos activos que posee la compañía del proyecto. Dichos activos lo conforman los derechos representados en los contratos señalados en los puntos del

1 al 8. En este sentido, el banco o financista logrará obtener la cesión de dichos contratos con el fin de poseer algún recurso en caso de que el proyecto no se ajuste a las expectativas financieras esperadas.¹¹

Posibilidad de otorgar Garantías a favor del privado por parte del Estado Venezolano

El Decreto-ley de Concesiones vigente de 1994, intentó permitir al Estado el otorgamiento de garantías con el objeto de hacer más atractiva la inversión para el inversionista privado. Acorde con esto, el Estado pudiera garantizar el reembolso del financiamiento para el desarrollo de obras y servicios públicos por parte de los concesionarios privados. El Decreto-ley de Concesiones expresa lo siguiente en su Artículo 46:

El Ejecutivo Nacional podrá garantizar obligaciones del concesionario, en cuyo caso la garantía no podrá exceder del setenta y cinco por ciento (75%) de los gastos de inversión ni constituirse por un término mayor al que le falte para la expiración del plazo de la concesión. Esta garantía podrá aumentarse hasta el noventa por ciento (90%) con la autorización de las Cámaras Legislativas en sesión conjunta o de la Comisión Delegada.

Es de notar que este Artículo de la Ley de Concesiones permite al Ejecutivo Nacional otorgar garantías en forma amplia. Sin embargo, existe la interpretación de que esta norma esta viciada de nulidad en vista de que el Artículo 27º de la Ley Orgánica de Crédito Público establece la prohibición para la República de otorgar garantías para respaldar obligaciones de personas naturales o jurídicas de cualquier naturaleza. Esto refleja cierta incongruencia entre la normativa jurídica existente lo que resulta en inseguridad jurídica para el concesionario.

CONCLUSIÓN

El esquema del Project Financing que se fundamenta en que el financiamiento del proyecto depende del éxito comercial y financiero del mismo, representado en el flujo de caja resultante de la explotación del proyecto, conlleva a la búsqueda de un marco de relaciones jurídicas

11 Ídem, pág. 32.

que protejan la inversión del financista. Los Entes Ejecutores del Estado deben estar conscientes de esta situación y la motivación política deberá de alguna forma relacionarse con los aspectos comerciales y financieros del proyecto público si se pretende encargar a un privado de la ejecución del proyecto en cuanto a su diseño y/o construcción y operación.

La Concesión Pública es una forma de encargar a privados la ejecución de obras y servicios públicos, pero no es la única manera de hacerlo. Esto dependerá del carácter de Utilidad Pública absoluto o relativo, parcial o total de la obra o servicio. Es más ágil y eficiente la utilización de mecanismos de derecho privado para ceder al privado la ejecución de proyectos públicos por ello es importante determinar el carácter de la obra o servicio y sus componentes de negocios para buscar alternativas jurídicas más ágiles de participación privada en proyectos públicos.

Es necesario que el Estado comprenda la motivación comercial del privado y que el privado se adecúe a la motivación socio-política del Estado. Esto con el objeto de coordinar los elementos técnicos, financieros, políticos y legales para lograr el éxito de las negociaciones. Asimismo, es necesario que el Estado y el privado adapten sus intereses al marco contractual y las relaciones jurídicas típicas involucradas en este esquema de financiamiento de proyectos que son la base del éxito del esquema en todos sus aspectos.

Examen retrospectivo de la Legislación Civil en Venezuela*

José Andrés Fuenmayor G.

El Derecho Civil es el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones de los hombres entre sí, dentro de la sociedad donde viven.

El constituye la base fundamental que ha permitido al hombre llegar a su estado social actual, es decir, a obtener una civilización, entendiendo este término por una sociedad organizada con un conjunto de ideas, creencias religiosas, ciencias, arte y costumbres que son el resultado de la interacción ordenada de los componentes de una sociedad.

El Derecho Civil es el resultado de la materialización del ser del hombre. Todo ser humano, aun en su estado más primitivo, lleva dentro de sí una serie de principios engendrados dentro de su intelecto que forman una constante de manera de actuar en la relación con sus semejantes, muchos de ellos producto del instinto, de las necesidades, de los temores, de las conveniencias. La relación familiar es en sí instintiva y nace del amor de los padres por los hijos, que a su vez genera el deseo

* Conferencia dictada el día 3 de junio de 1992, en las jornadas sobre Derecho Civil, promovidas por la Universidad del Zulia.

de perpetuarse en ellos y transmitirles sus bienes y conocimientos. La herencia y el respeto por los muertos nace de estos instintos. El ser humano que no tiene hijos está obligado a respetar a los ajenos, porque así se lo impone la sociedad. No podemos concebir un grupo humano sin estas reglas de convivencia. Entre más avanzado el grupo humano más se perfeccionan estas reglas.

Muchas de estas reglas tienen un origen religioso, hacia lo cual se inclinaba el hombre ante el temor de lo desconocido, y los antecedentes más remotos que encontramos en este sentido son el Código de *Hamurabi*, y la propia Biblia. Pero esto no quiere decir que al lado de esta motivación no fuera surgiendo un conjunto de reglas sociales que tienen como fuente la necesidad de prever y resolver conflictos de relación humana. En este sentido todos los pueblos de la antigüedad fueron formando su propio Derecho Civil, los cuales como ríos tributarios fueron formando su propio adalid de aquellos tiempos: Roma, que vino a constituirse así, a través de sus Institutas, en el molde del Derecho Civil moderno. Pero no olvidemos lo anteriormente expresado de que el Derecho Romano nace de un estado anterior con el aporte de otros pueblos. Un ejemplo claro lo vemos en la institución de la hipoteca que como su propio nombre lo demuestra, es de origen griego.

Pero paralelamente junto con Roma surge en el mundo otra fuerza poderosa: el cristianismo. Este introduce en la vida de los humanos una serie de principios sobrenaturales a los cuales las personas deben adaptar su conducta para conseguir la vida eterna y comienza a través de estos principios religiosos, a crear una nueva forma de vida de relación entre los humanos. Este movimiento a medida que se afirma va constituyendo un cuerpo de normas para el desenvolvimiento de la vida diaria. Nace así el Derecho Canónico que cada día va desarrollándose más a través de los tiempos, por lo que algunos pueblos comienzan a entremezclarlo con el Romano formándose así el Derecho Romano-Canónico, que es la base de los actuales Códigos Civiles.

Esta sencilla explicación anterior nos lleva a hacernos un planteamiento. si bien la escuela órfica de la antigua Grecia asignaba como función al Derecho positivo de domar las malas pasiones de los hombres, ya Sócrates había previsto un Derecho no escrito, promulgado por los dioses, que a través de una evolución (Empédocles, Platón) da origen al cosmopolitismo imperialista que utilizaron los romanos para extender su dominación a través de la voluntad del César. Por oposición,

el cristianismo estableció como fuente del Derecho la Ley eterna establecida por el Creador para la ordenación del Universo, de la que deriva el Derecho natural como ordenación común al ser humano en todos los tiempos y pueblos (Véase en este sentido a De Caso). Entonces, es el Derecho Civil el Derecho natural codificado ? Aun cuando tengo conciencia de lo aventurado de una contestación cierta sobre esta pregunta me atrevo a decir que lo es en la medida de su esquema general en lo que se refiere a determinados aspectos de las relaciones humanas, pero en lo que se refiere a la regulación de los aspectos que han ido surgiendo a través de los tiempos a medida que se ha logrado un mayor desarrollo social.

La palabra «Derecho» viene del latín *directus* que a su vez es derivado de «dirigir» (*Dirigere*), y ella nos indica su fin: dirigir la conducta de los hombres, ya se trate de Derecho en sentido objetivo o subjetivo. Es por lo tanto un modo de establecer una voluntad del Estado de la manera como deben comportarse sus súbditos. En este sentido, y como complemento de la definición, diremos que el Derecho Civil es el cuerpo de normas dictadas por el Estado para regir la conducta de sus ciudadanos, contenidas en el Código Civil.

Hecha esta noción introductoria del concepto de Derecho Civil, dada la índole de estas jornadas, considero conveniente dividir mi exposición en dos partes: a) Efectuar una retrospectiva del desenvolvimiento del Derecho Civil en nuestro país; b) Hacer un examen genérico de la Reforma de 1982, ya que los temas concretos serán tratados por los expositores que me seguirán en el uso de la palabra.

II

Durante la Colonia nuestra sociedad estuvo regida por las leyes impuestas por la Corona Española, y muy especialmente por la Recopilación de las Leyes de Indias. Proclamada la independencia nuestros libertadores, empeñados en la ciclópea tarea de la lucha armada para materializar la declaración de ella, no tuvieron mucho tiempo para dedicar a la estructuración de un nuevo Cuerpo de Leyes, y así siguieron aplicando las mismas leyes civiles.

El antecedente más remoto de nuestra primera ley civil surge en 1831, al separarse Venezuela de la Gran Colombia, y está constituido por

el Decreto del 14 de junio del mencionado año del Senado y la Cámara de Representantes de Venezuela reunidos en Congreso, derogando la circular del General Simón Bolívar que prohibía el matrimonio entre venezolanos y españoles.

El segundo paso es dado por el mismo Cuerpo al aprobar una Ley, el 10 de abril de 1834, la cual contiene ya un gran avance al disponer en su artículo 2o. Lo siguiente: “En todos los demás contratos, así como en el interés que en ella se estipule, cualquiera que sea, *también se ejecutará estrictamente la voluntad de los contratantes*”. Esta es la primera vez que comienza a romperse la antigua y tradicional estructura rígida que conviene a los contratos en ley de las partes. Tal vez ahora veamos esta disposición legal como algo sin mayor trascendencia, pero si nos situamos en la época de la promulgación nos encontraríamos en que ella constituía un principio revolucionario y, que en las discusiones que precedieron a su promulgación tuvo ilustrísimos opositores como por ejemplo Fermín Toro, quienes consideraron extremadamente peligroso poner tal poder en manos de los ciudadanos. También consagró dicho Decreto Legislativo la cláusula guarentigia, en virtud de la cual podía pactarse libremente entre acreedor y deudor que en el caso de incumplimiento el acreedor podía hacer vender los bienes del deudor sin fórmula de juicio, constituyéndose tal disposición en el antecedente más remoto de nuestro actual procedimiento «Vía Ejecutiva», en aquel momento perfectamente justificable, pues no existía ningún procedimiento de ejecución de sentencia regulado legalmente, salvo la prisión del deudor que no cumplía.

A partir de dicha Ley se comienza a aprobar por el mismo Congreso una serie de leyes aisladas que realmente vienen a constituir el embrión de nuestro primer Código Civil, redactadas con tanto tino que algunas de sus disposiciones superviven aún en nuestro Código vigente. Así se aprueban secuencialmente las siguientes leyes:

- a) Ley 1o. de abril de 1846 sobre Arrendamiento de Casas;
- b) Ley del 28 de abril de 1848 sobre Libertad de los Contratos. En realidad esta Ley lo que regula con más precisión que la de 1834 es la cláusula guarentigia;
- c) Ley del 16 de julio de 1861 que determina el Derecho de Retracto Convencional o Retroventa;
- d) Ley del 19 de junio de 1861 que fija la tasa de interés legal; y

d) Ley del 19 de junio de 1861 que fija la tasa de interés legal; y

e) Ley del 20 de junio de 1861 que declara los privilegios y las hipotecas (la cual, curiosamente no llegó a publicarse ni a ponerse en vigencia en razón de la Resolución de la Secretaría de lo Interior y Justicia del 20 de diciembre de 1861 con fundamento en que estaba próximo a publicarse nuestro primer Código Civil.

Efectivamente el 28 de octubre de 1862 se promulga y pone en vigencia nuestro primer Código Civil por el Jefe Supremo de la República, General José Antonio Páez, quien lo había mandado “a formar” el 1º de octubre de 1861. Este Código estructurado en leyes compuestas de capítulos y secciones viene a constituir nuestro primer esfuerzo de codificación y constituye en sí y para su momento histórico, un verdadero monumento jurídico que regula minuciosamente la sociedad de la época inspirándose en parte en el Código de Napoleón pero con la inclusión de muchas disposiciones que nos venían del Derecho Español. No nos alcanzaría el tiempo que disponemos para nuestra exposición si pretendiéramos hacer un comentario de este Código, pero tengan Uds. la seguridad de que contiene sabias disposiciones, algunas de ellas curiosas, como las contenidas en la Ley Única del Título Preliminar del Libro Cuarto, cuyo mote es: *Definiciones de varias palabras de uso frecuente* la cual es sus cuatro artículos que la componen define el significado de representante legal, el de las diferentes clases de culpa, la fuerza mayor y la caución. Tal vez hubiera sido deseable que algunas de sus disposiciones abolidas formaran parte del Código actual.

El Código de 1862 tuvo una vida efímera, pues sólo tuvo una vigencia de cinco años, pues fue sustituido por el del 21 de mayo de 1867 promulgado por el General Juan Crisóstomo Falcón, y entró en vigencia el 28 de octubre del mismo año. Este Código trae ya la numeración corrida y consta de 1871 artículos.

En este nuevo Código comienza a perfilarse la sistematización de nuestro Código Civil pero para poder apreciarlo en su valor debe ser precedida su lectura de una retrospectiva mental de la sociedad venezolana para la época de su vigencia. Sólo entonces podremos aceptar como normales muchas de sus disposiciones. El concepto de autoridad marital la indisolubilidad del matrimonio, y el poder de la Iglesia no significan retrogradismo de sus disposiciones, sino un estadio de nuestra sociedad configurado por toda la cultura de la época.

Al Código de 1867 lo sustituye el de 1873 y en el interín se legisla sobre las siguientes materias civiles: a) manera de redimir los censos perpetuos de cualquier naturaleza (7 de mayo de 1870); b) sobre la inadmisibilidad de la compensación contra las acreencias del Fisco Nacional o Municipal (23 de diciembre de 1870); c) organización del Registro Civil (1^º. de enero de 1873); y sobre Matrimonio Civil (12 de febrero de 1873). A esta apretada y trascendental reforma le sirve de colofón el Código Civil del 20 de febrero de 1873.

Si observamos las fechas de los decretos mencionados podemos observar que ellos se promulgan en forma culminante hacia los primeros meses de 1873. Es la presencia histórica y renovadora de Antonio Guzmán Blanco quien lleva a cabo las transformaciones más profundas en la vida civil venezolana. Con la sola promulgación de los decretos sobre la introducción del matrimonio civil y la creación del Registro Civil queda asegurada su presencia permanente en la historia de la sociedad venezolana, que comienza así a independizarse del férreo poder de la Iglesia sobre la sociedad, pues le suprime los efectos civiles del matrimonio eclesiástico y el control absoluto de los registros sobre el estado de las personas. Venezuela comienza así a vivir el siglo veinte en el siglo diecinueve, mientras que los otros países de América Latina, con muy ligeros matices, continuaron viviendo en el siglo diecinueve en pleno siglo veinte.

Sería muy interesante estudiar a profundidad la supervivencia de normas de toda la legislación civil que ha emergido a partir de nuestra separación de la Gran Colombia pues algunas de ellas todavía permanecen vigentes. Es mi opinión, y como ejemplo les propongo la redención de fundos enfiteúticos y censos, la cual, en mi concepto, constituye una vía hábil para obtener la redención de muchas tierras que aún permanecen bajo la nuda propiedad de la Iglesia, y en algunos casos universidades, en diferentes partes del territorio nacional.

El Código que había decretado “Antonio Guzmán Blanco, presidente provisional de la República y General en Jefe de sus Ejércitos”, fue sustituido por el del 10 de diciembre de 1880, decretado por “Guzmán Blanco, ilustre americano, pacificador, regenerador y presidente de los Estados Unidos de Venezuela” que viene a recoger las necesidades surgidas de la vigencia del Código de 1873 durante siete años, el cual es a su vez

sustituido por el del 27 de noviembre de 1887 que cierra el capítulo de nuestra Legislación Civil durante el siglo diecinueve. Este último Código hubiera permanecido en vigencia hasta 1916 si no hubiera sido por una circunstancia que generada por razones de orden particular hizo forzar su reforma, que produjo, secuencialmente, una de las más profundas transformaciones de la sociedad venezolana desde nuestra Independencia. Esta reforma trascendental constituida por un solo artículo, el artículo 151, que sustituyó el de igual número del Código anterior de 1887. El 151 del Código de 1887, decía: “El matrimonio válido no se disuelve sino con la muerte de uno de los cónyuges”. El de igual número del Código de 1904 decía así “El matrimonio válido se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges o por el divorcio declarado por sentencia firme”. Fue y es inconmesurable el impacto social y los efectos sociales, directos y reflejos, que estas pocas palabras han producido en nuestra sociedad.

Todos sabemos que hay dos clases de divorcio: *Quoad vinculum y quoad at thorum*. El divorcio *quoad thorum* suspende la vida en común pero no destruye el vínculo y, en consecuencia, no permite la celebración de un nuevo matrimonio. El divorcio *quoad vinculum* disuelve el vínculo y permite a los ex-cónyuges contraer nuevo matrimonio. Con esta reforma, que tiene nombre y apellido, se alinea Venezuela en un nuevo rumbo sobre la composición de la sociedad por todas las consecuencias que produce el divorcio vincular sobre toda la relación familiar.

Si queremos tener una idea de la magnitud de esta reforma solo tenemos que voltear y mirar a nuestro alrededor. Aun allende los mares sobre España y Portugal, y observar que en toda Iberoamérica se vivió una situación jurídica divorciada de la realidad hasta hace apenas unos años, con unas consecuencias de bastante gravedad. Piénsese por un momento en los inmigrantes españoles que vinieron a Venezuela, dejando esposa e hijos en España, y que después, se divorciaron vincularmente aquí y establecieron una nueva familia y procrearon hijos venezolanos cuando en España no se les reconocía su divorcio. Piénsese en las grandes y recientes polémicas de Argentina en su lucha por implantar el divorcio vincular, y en todos los fraudes a la ley de los diferentes países para conectarse al divorcio vincular. Toda esta situación social se superó en Venezuela a comienzos de este siglo. Tal vez por un motivo objetable desde el punto de vista social de la época, pero hay que aceptar la

realidad de su indiscutible trascendencia en la vida social venezolana. Cuando en Francia sólo se había aceptado el divorcio en 1884 por una sola causal, y sólo se admitió por otras causas en 1886, en Venezuela, apenas veinte años después, se establece casi en forma idéntica a la que tenemos actualmente. No olvidemos que tal reforma sólo pudo ocurrir oportunamente en el momento histórico en que ocurrió por la presencia en el poder de nuestro alegre presidente Cipriano Castro. Esta fue la reforma trascendente del Código de 1904, el cual vino a dar paso en su vigencia al Código del 19 de diciembre de 1916 del cual queremos llamar la atención sobre dos cosas: la primera, su fecha de promulgación, que constituía para el General Juan Vicente Gómez, la fecha de la Rehabilitación Nacional, y la segunda, su promulgación está refrendada por el Presidente de la República Victoriano Márquez Bustillos que todos sabemos que era la extensión del brazo de Gómez para firmar, pero que, además, está refrendada por el Dr. Pedro Manuel Arcaya como Ministro de Relaciones Interiores. La presencia del Dr. Arcaya en el Gobierno se convirtió en una sola fuente de progreso para las Ciencias Jurídicas Venezolanas, a las cuales no sólo se limitó a nutrir desde su Alto Cargo y su Gabinete de Estudio Particular, mediante la publicación de importantes trabajos, sino que también propendió al perfeccionamiento de nuestra legislación, lo cual hizo que muy prontamente el Congreso se abocara a la consideración y promulgación de nuestro Código Civil de 1922 el cual debemos considerar realmente como la matriz, o tal vez mejor, como el abuelo de nuestro actual Código.

Durante la vigencia del Código de 1922, concretamente el 25 de junio de 1936, el Congreso de la República aprobó la creación de la Comisión Codificadora Nacional, la cual promulgó el Ejecutivo Nacional el 6 de julio del mismo año. Como dato curioso dicha Ley estableció la función de sus componentes como honoraria, pero dejó a la facultad del Ejecutivo Nacional fijar una prudente remuneración por la asistencia a la sesión. El día 5 de octubre de 1936 se instaló la Comisión Revisora integrada por preclaros juristas, nombró presidente provisional al Dr. Juan José Mendoza, y se creó una Comisión para que presentara un Proyecto de Reglamento Interior el cual fue aprobado por el Presidente de la República el 20 de octubre de 1936. Desde su primera reunión el día 13 del mismo mes la Comisión se dedicó a sus labores con una intensa y sostenida preocupación venezolana, pues hasta el mes de mayo de 1951, en que

suspendió la publicación de sus Boletines, vieron la luz más de cuarenta de ellos. Dicha colección es una fuente inapreciable del pensamiento jurídico venezolano de su época, y un ejemplo para las generaciones que hicieron su relevo. Muchos supieron heredar el recio patriotismo jurídico de aquellos varones. Lamentablemente otros no.

La labor primordial de la Comisión se centró en el estudio del Proyecto de Código Civil que posteriormente fue aprobado en 1942, y el día 21 de abril de dicho año, el Dr. Tulio Chiossone, con cuya amistad me honro, Ministro de Relaciones Interiores para la época, presentó al Congreso Nacional el Proyecto de Código Civil elaborado por la Comisión Codificadora Nacional, con una breve pero brillante exposición. Es de hacer notar que el Dr. Chiossone centró casi toda su exposición en lo que para aquella época se consideró reformas trascendentales, es decir, las referentes a la familia en relación con los impedimentos matrimoniales y el reconocimiento de la comunidad concubinaria. Debemos entender que en aquel tiempo otorgarle derechos a una concubina era casi una afrenta pública.

A raíz de la presentación del Proyecto en el Congreso se abrió un profundo y arduo debate, pues el Diputado por Yaracuy, Dr. Rafael Caldera, se opuso a su consideración por la Cámara de Diputados en su sesión del 23 de abril de 1942, alegando que consideraba que no era la oportunidad para entrar a conocer el proyecto presentado. La larga exposición del Dr. Caldera fue seguida por intervenciones de los diputados Cruz Bajares, Tinoco, Arocha Moreno, Lozada Hernández Suárez Flamerich, Ramírez Mc Gregor, lo cual consumió varias sesiones seguidas de la Cámara la cual, por fin el 24 de abril de 1942, después de una larga exposición del diputado Santos Stella, admitió a discusión el Proyecto el cual fue aprobado el 13 de julio de 1942 y promulgado por el General Isaías Medina Angarita, el 13 de agosto del mismo año.

Secuencialmente intervino nuevamente el Dr. Tulio Chiossone, Ministro de Relaciones Interiores, con una magistral circular dirigida a todos los Gobernadores de Estado, fechada el 3 de septiembre de 1942, acompañándoles un ejemplar del Código Civil promulgado, y cuya circular constituyó una glosa completa de las reformas efectuadas y un ejemplo incalculable para nuestra actual generación de políticos de lo que debe ser un buen funcionario público.

A esta altura de mi exposición se preguntarán ustedes, hasta cuándo nos va a atosigar con tanta historia ?. Es pasado hay que enterrarlo como a las lenguas muertas. Pero yo no comparto ese criterio. El estado actual de un pueblo se mide por la calidad de sus instituciones jurídicas, y esas instituciones no brotan de la nada, se fabrican paso a paso por artífices llamados juristas y hombres probos. Herodoto llamó a la historia *mensajera de la antigüedad*, porque ella nos trae la experiencia acumulada a través de los años por los que nos precedieron, acumulando experiencia y transmitiéndonos su ciencia. La cultura jurídica de un pueblo no es un fiat, sino el producto de la suma de su historia jurídica. Una de las demostraciones de nuestros asertos jurídicos son los argumentos sacados de la historia.

En nuestras universidades se está perdiendo el afán de saber que demostraban nuestros juristas porque ellos se nutrían en el pasado; el Derecho Romano, la Revolución Francesa, la Revolución Bolchevique. La cátedra actual ha ido concentrando la esencia del saber en lo indispensable para manejar ciertos problemas específicos. sin llegar a ello a través de una cultura de conocimientos anteriores. Es innegable que el desarrollo de la sociedad actual y lo vertiginoso de su evolución obliga a acelerar el paso, pero muchas veces el exceso de esa velocidad hace ocurrir. como al automovilista, un accidente que le impide llegar a su destino. Tenemos la experiencia de leyes que no alcanzan a entrar en vigencia pues son reformadas a los días de promulgadas. Otras que arrancan y chocan contra una realidad constituida por una falta de conducción y no llegan a su destino, y así sucesivamente. Por lo tanto justifico el continuar estudiando el Código de 1942 para posteriormente hacer una breve exposición de la Reforma de 1982, ya que los expositores que me seguirán en las disertaciones posteriores se encargarán de tratar en forma pormenorizada lo que tal vez llegue a ser de más interés inmediato para ustedes.

Por lo tanto, obviando toda mención a las reformas introducidas por el Código de 1942 que se refieran a materias que considero de agilización o precisión legal, voy a hacer notar las siguientes:

1. El establecimiento, e introducción en nuestro país, de la acción de inquisición de la paternidad, y el equiparamiento del hijo natural con el legítimo. Art. 218 y 226.

2. La base legal para la creación de los Tribunales de Familia. Art. 524.
3. La competencia especial de menores. Multitud de artículos.
4. Los efectos de la cosa juzgada en materia de familia.
5. La cuota parte de la sucesión natural. Art. 823.
6. Reglas sobre el momento de la formación del contrato. Art. 1137, 1138 y 1139. Muchas reformas secundarias sobre contratos.
7. Los efectos de la representación. Art. 1169 al 1172.
8. Se introduce el enriquecimiento sin causa, aun antes que en Francia, como fuente autónoma de obligaciones. Art. 1184. Se hace una consistente reforma y regulan los hechos ilícitos. Se introduce el abuso de derecho dentro de la categoría de los hechos ilícitos. Art. 1185.
9. Se reforma y moderniza toda la materia de obligaciones inspirándose en el Proyecto Franco-Italiano de las Obligaciones, aprovechando los estudios que se habían hecho en el exterior sobre el tema, y todavía no materializados en dichos países.
10. Se acortan los lapsos de prescripción.

Como se ve la labor de la Comisión Codificadora Nacional, enriquecida con los debates en el Congreso llega a un feliz término y se nos dota de un Código Civil que para su época podía tomarse como modelo para los demás países.

11. He dejado de último, a propósito, una de las reformas del Código de 1942, que si bien pasó en forma un poco intrascendente constituyó un decidido paso de avance y nos situó en las modernas corrientes de la ciencia jurídica. Me refiero a la desincorporación de la materia de los contratos el que en el Código de 1922 constituía el primero de ellos, regulado en los artículos 1457 y siguientes, cuyo mote era: "El contrato matrimonial" el cual pasó a ser regulado en el Código de 1942 en la Sección 11 del Capítulo XI del Título IV del Libro Primero. Este traslado quiso decir, y significó, que Venezuela abandonaba la naturaleza del contrato para el matrimonio y se adscribía a la doctrina moderna de que el matrimonio es un acto de naturaleza administrativa, por lo que la consumación jurídica de él no ocurre sin la intervención y declaración del funcionario que lo presencia, y no por la

manifestación de voluntad de los cónyuges, como lo establece el artículo 88 al agregar al artículo 117 del anterior Código de 1922 en su parte final ... *y los declarará unidos en matrimonio en nombre de la República y por autoridad de la Ley*. Con esto se ratifica cuanto hemos expresado sobre el Código Civil de 1942 al considerarlo como el punto de partida de la modernización de la legislación venezolana.

III

No podía quedar completa esta apretada síntesis introductoria sobre el Código Civil venezolano sin referirnos, aun cuando sea en forma muy sucinta y superficial, a la Reforma de 1982, y por eso quiero traerles algunas consideraciones sobre ella, y muy especialmente sobre sus antecedentes, que ya se han ido perdiendo en el transcurrir de estos diez años de vigencia.

Cuáles fueron los motivos de su ocurrencia?

Sobre este particular podemos hacer un doble examen y considerar la reforma desde el simple punto de vista histórico o bien hacer un análisis más profundo, y considerarla en su razón de ser.

Con respecto al primer punto no debemos dejar perder, diluyéndose en el tiempo, los hechos ocurridos que desembocaron en ella, y estando todavía a tiempo me dediqué a obtener información de primera mano, proveniente de su autora más calificada sobre dichos antecedentes. Es lamentable que el tiempo nos obligue a ser muy concretos sobre el tema, porque valdría la pena conservar una memoria histórica de lo sucedido, porque en parte dicha memoria nos ayudaría a entender, por vía de la interpretación auténtica, la reforma efectuada.

Los hechos ocurrieron de esta manera: el año de 1974 las Naciones Unidas declararon la protección de las mujeres, y solicitaron a todos los países que efectuaran reformas legales antidiscriminatorias en tal sentido.

En el mismo año la Presidencia de la República creó una Comisión Femenina Asesora de la Presidencia encargada de asesorarla sobre varios temas, y sobre el que nos ocupa en particular. Dicha Comisión, con muy buen tino, hizo un llamado público a las mujeres que desearan incorporarse en este trabajo y obtuvo por esta vía la colaboración de

importantes e ilustradas feministas, entre las cuales se encontraba la Dra. Yolanda Poleo de Báez, quien a través de sus conocimientos y de la experiencia acumulada en su larga carrera judicial se dedicó a trabajar con un empeño envidiable, por lo que fue nombrada Coordinadora dentro del equipo que formó especialmente con las Dras. Libia Cárdenas y Lisbeth Guevara (actual Presidenta de la Feva), y un nutrido grupo de otras feministas.

En el año de 1975, en el mes de mayo, se reunió en Caracas, en el Parque Central, el Congreso Venezolano de Mujeres para considerar diversos temas y dentro de ellos se constituyó la Comisión de Legislación que funcionó con un grupo de más de cien personas.

Dentro de este organismo se gestó la idea de efectuar una reforma en las leyes existentes con el objeto de hacer efectivo el llamado de las Naciones Unidas, buscando un marco legal para proteger la mujer en su posición dentro de la sociedad y la familia, e incluir en dichas reformas, además, las materias que le fueran conexas. Ya la Dra. Poleo de Báez y su grupo tenían en la mano el proyecto que habían venido elaborando con antelación sobre la reforma del Código Civil, y en el acto de la clausura del Congreso pusieron en manos del Presidente de la República, el señor Carlos Andrés Pérez, el fruto de su trabajo.

A partir de dicho momento comenzó la batalla pública sobre la viabilidad del proyecto, ya que un importante diario capitalino publicó a página completa el texto del proyecto. Algunos grupos y personalidades, por supuesto del sector adverso a la reforma, comenzaron a introducir elementos de perturbación sobre el proceso, ya que aun dentro del sector feminista se discutía si se debía efectuar una reforma parcial del Código Civil o si la reforma debía venir por la vía de un Código de Familia. Pero los grupos feministas continuaron su trabajo y presentaron al Congreso Nacional su Proyecto de Reforma avalado por más de treinta y cinco mil firmas.

Al llegar a la Presidencia de la República el Dr. Luis Herrera Campins, quien ya había adquirido ciertos compromisos sobre el particular durante su campaña, nombró dentro de su equipo de gobierno a la Dra. Mercedes Pulido de Briceño, como titular del Ministerio para la Promoción del Desarrollo de la Mujer, y ésta, aun cuando su formación era la de una psicóloga y no la de una abogada, muy pronto asimiló los fines de la

reforma y tomó la bandera de la misma haciendo un importante aporte. Por otra parte desde su Presidencia en la Subcomisión de Política Interior del Congreso de la República, el Dr. Orlando Tovar Tamayo se consustanció con el problema y prestó un importantísimo apoyo al proyecto, el cual fue de gran trascendencia dada su formación jurídica. El Congreso de la República tenía en su poder hasta once proyectos de reforma.

Pero la presión feminista continuó y culminaron en acciones de calle que provocaron que por fin se aprobara la reforma el 6 de julio de 1982, poniéndosele el ejecútese el día 26 del mismo mes y año.

Esta es la síntesis histórica de los hechos ocurridos, pero no debemos quedarnos aquí en esta simple exposición, porque debemos examinar los verdaderos intrínquilis de la cuestión.

Qué produjo la reforma? La simple recomendación de las Naciones Unidas? La situación social de la mujer venezolana?

Con experiencia puedo decirles que todo cambio en la vida de una sociedad provoca una reacción, algunas veces hasta violenta, pues la personas que la constituyen, habituadas a una manera de vivir y de hacer las cosas se oponen a cambiar sus costumbres. Pero la sociedad es dinámica y cambia constantemente. Muchas veces las normas que la rigen se quedan atrás y llega a establecerse una normalidad sin norma. La prohibición del divorcio establece la perpetuidad del matrimonio ?. Sabemos que dicha prohibición puede constituirse en las rejas de una cárcel para los cónyuges, que constantemente trataron de evadir por cualquier medio, incluyendo el asesinato.

Si volvemos la mirada hacia el pasado y observamos la sociedad venezolana de 1942, podríamos compararla con la sociedad venezolana actual? Si nuestros padres y abuelos estuvieran presentes aceptarían la emancipación femenina y la actual libertad sexual? Cómo reaccionarían ante las madres solteras? Muchas de las cosas que ahora vemos existieron siempre en menor o mayor grado, pero en la sociedad actual constituyen algo prácticamente normal que ocurran. Entonces, por qué no regular legalmente dichas situaciones en vez de condenarlas permanentemente a un transcurrir insincero?

Lo que todavía muchos de nosotros vemos como conductas reprobables, nuestros hijos, y mejor es no hablar de nuestros nietos, lo ven como completamente normal. Cómo se hubiera juzgado en 1942 las

actuales telenovelas de nuestra televisión?

La sociedad cambia y eso es un hecho que no se puede evadir. La reforma de 1982 no hizo más que sincerar situaciones. Qué es preferible, el actual divorcio del 185-A o seguir acumulando expedientes insinceros y fabricados en los Tribunales de Justicia? En la sociedad actual donde ambos cónyuges tienen que trabajar, debemos mantener el concepto de domicilio de 1942?

Tal vez podría pasar aquí un muy largo rato exponiendo situaciones concretas divorciadas de la sinceridad jurídica, pero debo respetar la limitación del tiempo en obsequio de ustedes y de la buena marcha de estas jornadas. Tampoco puedo examinar la reforma en sí porque dicha labor corresponderá a los expositores siguientes, y pido disculpas por no haberme dedicado a tratarles temas concretos de la reforma pero no he querido dejar pasar esta oportunidad para exponer los temas históricos que les he presentado sabiendo que ellos también pueden serles de utilidad.



La revisión judicial del contrato por onerosidad excesiva

José Mélich Orsini*

Sumario

1. De qué revisión se habla.- 2. Su contradicción con el principio de la intangibilidad del contrato.- 3. La recepción legislativa de la teoría de la imprevisión.- 4. La recepción legislativa en los códigos iberoamericanos.- 5. Presupuestos de aplicación de la teoría de la imprevisión. 6. La opinión de juristas venezolanos favorables a la recepción de esta teoría.- 7. Las fundamentaciones invocadas para extender la teoría a los Estados que no la han receptado en su legislación.- 8. La insuficiencia de tales fundamentos en los códigos civiles que no han receptado la teoría y en particular en el Código Civil venezolano.- 9. La jurisprudencia administrativa venezolana en materia de imprevisión.- 10. Conclusiones.

1. DE QUÉ REVISIÓN SE HABLA

Hablar de “revisión judicial del contrato” significa sugerir que se le otorgue al juez del mérito potestad de verificar si después de que él ha interpretado el concreto contrato y colmado sus lagunas mediante el

* Profesor de Pre y Post Grado de Derecho Civil Obligaciones, Miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

cumplimiento de lo que pauta nuestro artículo 1160 C.C. (“Los contratos ... obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”), todavía cabe que el juez pueda hacerle correcciones al contrato.

Es obvio que si el concreto contrato infringe una norma imperativa (preceptiva o prohibitiva) o lo que llamamos el “orden público”, se le otorgue al juez tal potestad de enmendar (anulándolas o sustituyéndolas) aquellas cláusulas del contrato que incurran en tales incorrecciones, pues en lo atinente a estos aspectos no importa en absoluto lo que las partes hayan querido, sino lo que en virtud de una voluntad superior, extraña a ellas, pero inexorable, como lo es la voluntad del ordenamiento, debe sustituir automáticamente los intentos prácticos perseguidos por la voluntad particular de las partes; dejando eficacia jurídica—en razón del principio de la conservación de los actos jurídicos— tan solo a aquellos intentos que puedan subsistir por su conformidad con el ordenamiento jurídico (“No pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares —dice el artículo 6º del C.C. venez.— las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”).

Pero ahora no se trata de esta especie de revisión judicial del contrato, vinculada al tema de la nulidad parcial del contrato, sino de lo que se conoce como “teoría de la imprevisión”.

Esta teoría predica que cuando se está en presencia de un contrato de tracto sucesivo, de ejecución periódica o de ejecución diferida, en el cual la obligación impuesta a una de sus partes, por haberse producido con ocasión del transcurso del tiempo la sobrevenida de circunstancias que, si bien no son susceptibles de ser encuadradas en los rígidos contornos de la “imprevisibilidad” y de la “irresistibilidad” que caracterizan lo que los artículos 1271 y 1272 de nuestro Código Civil llaman una “causa extraña no imputable”, se ha hecho tan onerosa o dificultosa que resulta razonable pensar que un buen padre de familia que se hubiera hallado ante tales circunstancias en el momento del perfeccionamiento del contrato no lo habría celebrado, por lo cual debe colegirse que la parte afectada puede rehusar su cumplimiento y solicitar del juez bien su liberación total o parcial, bien la modificación de la obligación que la afecta. Se trata, pues, de resucitar en nuestra época aquella supuesta cláusula implícita según los postglosadores en todo contrato, como medio de conciliación del principio *pacta sunt servanda* que impone la mas

estricta fidelidad a la palabra dada, con el *vinculum fraternitatis* que recomienda al acreedor la caridad cristiana, o sea, la llamada cláusula *rebus sic stantibus* (las cosas quedan donde están); o dicho en términos modernos: hay que subordinar la eficacia del contrato a que las circunstancias de hecho y de derecho que acompañaron la celebración del mismo persistan en lo fundamental en el momento en que se demanda su cumplimiento.

2. SU CONTRADICCIÓN CON EL PRINCIPIO DE LA INTANGIBILIDAD DEL CONTRATO

Es obvio que esta revisibilidad judicial del contrato se contradice con el contenido del artículo 1159 del Código Civil venezolano, que consagra sin ambages la intangibilidad del contrato por el Juez. La redacción de este artículo proviene de la del artículo 1123 del Código Civil italiano de 1865 que siguió a su vez la del artículo 1134 del Código Napoleón.

El artículo 1159 del C.C. venezolano dice: “Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. No pueden revocarse sino por mutuo consentimiento o por las causas autorizadas por la ley”.

La utilización de la expresión “revocarse” deriva de una traducción literal del texto francés y del italiano de 1865. Ella resulta menos precisa que la utilizada, por ejemplo, por el texto chileno (“invalidado”) o por el vigente Código italiano (“sciolto”, esto es, disuelto); pero lo que en todos los textos legislativos concuerdan, cualquiera que sean las expresiones que utilicen para consagrar este principio, es en que si quienes han celebrado un contrato han satisfecho todos los presupuestos y requisitos legales para que el mismo se perfeccione (poder de disposición, capacidad, consentimiento, ausencia de vicios del consentimiento; objeto claramente determinable, posible, lícito y causa lícita), la obligación que él imponga a una de las partes debe ser cumplida “exactamente como ha sido contraída” (según lo enfatiza el artículo 1264 del C.C. venezolano), so pena de que su deudor sea condenado al pago de los daños y perjuicios que le cause al acreedor su incumplimiento, aun parcial, a menos que las propias partes hayan suprimido por un ulterior acuerdo entre ellas (el llamado *mutuus dissensus*) esa inexorabilidad del deber de un cumplimiento exacto; o que la ley lo haya decidido así, p. ej. autorizando la disolución del vínculo asumido en razón del advenimiento de una

causa extraña no imputable¹, por voluntad unilateral del propio deudor (como es el caso en el mandato y también en el arrendamiento², en el contrato obras³, en el de trabajo⁴, etc.); o por la vía de una acción de resolución de contrato con obligaciones correspectivas cuando alguna de las partes haya dejado de cumplirlo⁵; o de una acción de nulidad⁶

-
- 1 Artículo 1271 C.C. venez.: “El deudor será condenado al pago de los daños y perjuicios, tanto por inejecución de la obligación como por el retardo en la ejecución, si no prueba que la inejecución o el retardo provienen de una causa extraña que no le sea imputable, aunque de su parte no haya habido mala fe”.
Artículo 1272 C.C. venez.: “El deudor no está obligado a pagar daños y perjuicios cuando, a consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, ha dejado de dar o de hacer aquello a que está obligado o ha ejecutado lo que estaba prohibido”.
Artículo 1273 C.C. venez.: “El deudor de una cosa cierta y determinada se libera entregándola en el estado en que ella se encuentra al tiempo de la entrega, con tal que los deterioros que le hayan sobrevenido no provengan de su culpa o del hecho del deudor o de las personas de que él sea responsable, y que no se haya constituido en mora antes de haber sobrevenido los deterioros”.
Artículo 1344 C.C. venez.: “Cuando una cosa determinada, que constituía el objeto de la obligación, perece, o queda fuera del comercio, o se pierde de modo que se ignore absolutamente su existencia, la obligación se extingue, si la cosa ha perecido o se ha puesto fuera del comercio o perdido, sin culpa del deudor y antes de que haya incurrido en mora...”.
 - 2 Artículo 1165 C.C. venez.: “Los contratos verbales o por escrito sobre alquiler de casas y demás edificios, en que no se hubiere determinado el tiempo de su duración, pueden deshacerse libremente por cualquiera de las partes ...” Texto modificado hoy por una legislación especial sobre la materia.
 - 3 Artículo 1639 C.C. venez.: “El dueño puede desistir por su sola voluntad de la construcción de la obra, aunque se haya empezado, indemnizando al contratista de todos sus gastos, de su trabajo y de la utilidad que hubiese podido obtener de ellos”.
 - 4 Artículo 98 de la Ley Orgánica de Trabajo venez.: “La relación de trabajo puede terminar por despido, retiro, voluntad común de las partes o causa ajena a la voluntad de ambas”. Los siguientes artículos 99 a 111 regulan en detalle estos diversos supuestos.
 - 5 Artículo 1167 C.C. venez.: “En los contratos bilaterales, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra parte puede a su elección reclamar judicialmente la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello”.
 - 6 Artículo 1346 C.C. venez.: “La acción para pedir la nulidad de una convención dura cinco años, salvo disposición especial de la ley...” El texto se refiere a la nulidad relativa por incapacidad de una de las partes o por vicios del consentimiento que el artículo 1142 ejusdem considera causales para la “anulación” de un contrato existente, pues el artículo 1141 ejusdem considera que un supuesto contrato que adolezca de carencia de consentimiento, o que no tenga objeto o causa lícita no llegaría siquiera a “existir” (rectius: sería nulo de nulidad absoluta).

o de rescisión⁷, o cuando se produzca una nueva ley que por razones de orden público le imprima al concreto contrato modificaciones (p. ej.: rebaja forzosa de los alquileres en curso o de los intereses pactados en contratos de préstamos vigentes).

El sentido de este principio de la intangibilidad del contrato es, pues, muy claro: lo que está prohibido no es que las propias partes introduzcan de mutuo acuerdo la cláusula *rebus sic stantibus* en su contrato o una estipulación similar, como cuando pactan cláusulas de escala móvil o de valor para corregir los efectos de la inflación, ni que el legislador no pueda sancionar nuevas leyes que impongan alteraciones de lo pactado por las partes (siempre que no infrinja con ello el principio de la irretroactividad de la ley, que en Venezuela es un principio garantizado por la propia Constitución), sino que la parte que se sienta perjudicada por la inflexibilidad de una estipulación contractual no puede pretender, a falta de un nuevo acuerdo con su contraparte o de una ley que a ello lo autorice, que el Juez disponga su liberación, total o parcial, una moderación de la obligación a su cargo o la modificación de la correspondiente obligación de su cocontratante para compensar así la ruptura del equilibrio inicial que esta última guardaba con su propia obligación.

Este principio de la intangibilidad del contrato es la consagración legislativa de la máxima *pacta sunt servanda* y ha sido recogido por todos los códigos civiles⁸, aun por aquellos que han estipulado paralelamente normas dirigidas a receptar la indicada fórmula que expresa la máxima *rebus sic stantibus*.

7 Si bien por “rescisión” entendemos el remedio contra lesión que sufre una de las partes del contrato en el momento de su celebración, debemos decir que en Venezuela solo se la autoriza en muy pocos textos legales, todos ellos referidos a casos de lesión objetiva. Por lo demás el artículo 1350 C.C. venez. dice: “La rescisión por causa de lesión no puede intentarse aun cuando se trate de menores, sino en los casos y bajo las condiciones especiales expresadas en la ley...”

8 El artículo 305 del Código Civil alemán, nombrado usualmente por las siglas BGB, correspondiente a su denominación en alemán *Bürgerliches Gesetzbuch*, dice en tal sentido: “Para la constitución de una relación obligatoria por negocio jurídico, así como para la modificación del contenido en una relación obligatoria, es necesario un contrato entre los interesados, en tanto que la ley no prescriba otra cosa”.

3. LA RECEPCIÓN LEGISLATIVA DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

La primera consagración legislativa de la máxima *rebus sic stantibus* tuvo lugar en el Código Civil bávaro de 1756 (*Codex maximileanus babaricus civiles*) en que se incluyó la siguiente disposición: “Todos los vínculos encierran tácitamente la cláusula *rebus sic stantibus*; así ellos resultan inválidos también por los cambios de la cosa objeto de la obligación, pero solo cuando concurren los siguientes requisitos: 1º) que tales cambios no tengan su origen en la mora ni en la culpa ni en el hecho del deudor; 2º) que no hayan sido fáciles de prever; 3º) que sean de tal naturaleza que si el deudor los hubiera conocido antes, según el criterio desinteresado y honesto de las personas inteligentes, no habría consentido en obligarse, quedando todavía en tales circunstancias por valorar según apreciación jurídica si la obligación debe considerarse como totalmente extinguida o si solo debe reducirse en proporción al cambio sobrevenido”. En una atmósfera ius naturalista influida por la permanencia de las tradiciones de la ética económica del medioevo esta idea de equilibrio entre las prestaciones formaba parte de la conciencia jurídica predominante en los países germánicos durante el siglo XVIII. Ello explica que la cláusula *rebus sic stantibus* fuera también incorporada al *Allgemeines Landrecht* (A.L.R.) de Prusia de 1774 y al *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (A.B.G.B.) de Austria de 1815.

En cambio, no ocurrió así con *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) elaborado durante las últimas décadas del siglo XIX, cuando todavía existía una confianza absoluta en la estabilidad monetaria. En 1902 la Corte Suprema alemana declaró que la modificación de la situación patrimonial de un contrato no tiene ninguna influencia en el deber de fiel ejecución de su obligación por parte del otro contratante fuera de los supuestos previstos en los § 321 y § 610 del BGB ⁹.

9 El § 321 dice: “Quien por un contrato bilateral está obligado a cumplir la prestación anticipadamente, puede negar la prestación que le incumbe hasta que sea realizada la contraprestación, o se preste seguridad de ella, si después de la conclusión del contrato se produce un empeoramiento notable en las relaciones patrimoniales de la otra parte por el cual corra peligro la pretensión a la contraprestación”. A su vez el § 610 dice: “Quien promete la entrega de un mutuo puede, en la duda, revocar la promesa si en las relaciones patrimoniales de la otra parte se produce un empeoramiento notable por el cual corra peligro la pretensión a la restitución”.

La catástrofe monetaria que siguió al año 1918 condujo, sin embargo, a la jurisprudencia y a la doctrina alemanas a ensayar remedios técnicos para aliviar la carga de los deudores. Apoyados en el § 275 del BGB¹⁰ comienzan por exonerar de responsabilidad al deudor que no cumple con su obligación por una imposibilidad económica (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*) causada por la guerra, aunque la conveniencia de moderar la aplicación de este principio les obligó pronto a precisar que la sola devaluación monetaria no entraña una imposibilidad de ejecución sino una destrucción de “la relación de equivalencia entre las prestaciones” y a considerar que el remedio no necesariamente debía consistir en la eliminación del vínculo, pues bastaba acordar al juez un “derecho de intervención” en el contrato para reevaluar la prestación afectada. La Corte Suprema alemana impuso para ello tres condiciones: a) debe existir un consenso de ambas partes en continuar el contrato; b) el cambio de circunstancias que engendra la nueva situación de pérdida debe “ser absolutamente particular y excepcional”; y c) el tribunal debe proceder a una equitativa distribución de las pérdidas. De esta manera la alteración de las circunstancias económicas entre el momento de la asunción del vínculo contractual y el momento de ejecución puede conducir no solo a la resolución, sino a la revalorización de las prestaciones. Los desarrollos de esta jurisprudencia dan origen a una sucesión de tesis doctrinales, tales como la de la “desaparición de la base del contrato”, la que busca determinar las condiciones que debe llenar la imprevisión de las circunstancias impositivas que obligan a la terminación o a la revisión del contrato para restablecer el equilibrio roto. Los conceptos de buena fe en la ejecución del contrato, enriquecimiento sin causa, abuso de derecho, etc. se mezclan en estas disputas doctrinarias, que pronto son continuadas también en Italia, país que desde principios del siglo XX pasa a compartir la influencia de la doctrina y de la jurisprudencia francesas con la de la doctrina y jurisprudencia alemanas. No tiene, pues, nada de

10 El § 275 del BGB dice. “El deudor queda libre de la obligación a la prestación siempre que ésta se haga imposible a consecuencia de algunas circunstancias de la que no ha de responder ocurrida después del nacimiento de la relación obligatoria. A una imposibilidad (Unmöglichkeit = imposibilidad objetiva) sobrevenida después del nacimiento de la relación obligatoria se equipara la imposibilidad del deudor (Unvermögen = imposibilidad subjetiva) para la prestación sobrevenida con posterioridad”.

sorprendente que al abrogar Italia el Código Civil de 1865, mera versión corregida y puesta al día del Código Napoleón de 1804, y sustituirlo por el nuevo Código italiano de 1942, concebido bajo la égida fascista y con un significativo aporte de los doctrinarios alemanes del siglo XIX y de comienzos del XX, Italia haya codificado en sus artículos 1467¹¹ y 1468¹² lo que todavía es para los alemanes –que no han tocado su Código de 1900– una construcción jurisprudencial¹³.

Ya antes de la promulgación del Código Civil italiano en 1942, en la doctrina italiana había habido manifestaciones a favor de la revisión judicial del contrato, no obstante que la mayoría se inclinaba a negarla con apoyo en el principio de la intangibilidad del contrato que consagraba como hemos dicho el artículo 1123 del Código italiano de 1865. Pero no olvidemos que Italia, al igual que Alemania, había sufrido los estragos de la inflación generada por la Primera Guerra.

En Francia, donde los efectos de las Guerras Mundiales han sido menos traumáticos, se ha limitado a hacer de la “teoría de la imprevisión” apenas algunas aplicaciones puntuales, como fue el caso de la famosa

11 El artículo 1467 del vigente C.C. italiano reza: ““En los contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida si la prestación de una de las partes ha llegado a ser excesivamente onerosa por la ocurrencia de advenimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte que debe tal prestación puede demandar la resolución del contrato, con los efectos establecidos por el artículo 1458 (efectos *ex nunc*). La resolución no puede ser demandada si la sobrevenida onerosidad entra en el álea normal del contrato. La parte contra la cual ha sido demandada la resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato”.

12 El artículo 1468 del vigente C.C. italiano dice: ““En la hipótesis prevista por el artículo precedente, si se trata de un contrato en el cual solo una de las partes ha asumido obligaciones, ésta puede pedir una reducción de su prestación o una modificación en las modalidades de ejecución, suficientes para restablecer la equidad”.

13 Pero, como escribe FRANZ WIEACKER en su “Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna”, versión castellana de la editorial Aguilar, Madrid, 1957, p. 465: “Bajo la impresión de lo imprevisible de las ocurrencias bélicas, de las sacudidas del mercado y de la crisis de la moneda, viose obligada la jurisprudencia a dar nueva cabida a las cuestiones acerca de las circunstancias materiales del presente; e intentó superarlas con el auxilio de la teoría (Oetermann, Kruckmann, Herk y otros), con la fórmula del fundamento del negocio, de la ‘imputabilidad’ o de la ‘imposibilidad’ económica. Hubo de proceder rápidamente ante la revalorización de las cuentas en marco-papel anticipándose a la legislación y acarreándola”.

Ley Faillot de 1918. Esta Ley no se aplicaba sino a los contratos comerciales de tracto sucesivo concluidos antes del 1º de agosto de 1914, cuyas áleas económicas se habían incrementado desmesuradamente durante la guerra y fue concebida solo como una medida excepcional para remediar los trastornos económicos del momento. Ella fue seguida por otras numerosas leyes en materia de arrendamientos rurales y urbanos.¹⁴ También entre nosotros el fenómeno inflacionario ha producido leyes excepcionales como las que, a raíz de la Segunda Guerra Mundial, hizo que la Junta Revolucionaria de Gobierno instaurada en Venezuela en 1945 dictara el Decreto Nº 247 de fecha 09-04-47 sobre la Represión de la Usura, imponiendo una reducción imperativa de los cánones de arrendamiento vigentes y de los intereses causados por acreencias monetarias garantizadas con hipotecas. Posteriormente, se han impuesto también alzas compulsivas del salario o de las prestaciones sociales de los trabajadores, prórrogas obligatorias a los contratos de arrendamiento en curso, etc. Pero, como lo he señalado ya, nada de esto tiene en rigor que hacer con la revisión judicial del contrato; pues, aun cuando se aplica a contratos en curso, celebrados bajo la vigencia de leyes anteriores que permitían esas estipulaciones contractuales ahora alteradas en su valor económico, no se ha tratado tampoco de verdaderas infracciones al principio de la irretroactividad de las leyes. En efecto, al calificárselas de normativas de “orden público”, ellas han resultado aplicables inmediatamente a todas las relaciones existentes entre los particulares, sin consideración a si las cláusulas que resultan alteradas han sido incorporadas bajo la vigencia de una legislación que entonces permitía estipularlas al amparo del principio de la autonomía de la voluntad, ya que el “nuevo orden público” resultante de esta legislación de emergencia encarnaría el sobrevenido concepto objetivo de la justicia y “ninguna persona –como enfatiza el artículo 5º del Código Civil argentino– puede tener derecho irrevocablemente adquirido contra una ley de orden público”.

14 Sobre esta legislación de excepción al principio de la intangibilidad el contrato en Francia, *cfr.* GHESTIN-BILLIAU: “Traité de Droit Civil. Les obligations. Les Effets du Contrat”, L.G.D.J., Nº 270 a 274. Pero también en Italia, antes de su admisión en el Código Civil de 1942, se produjeron estas leyes de excepción a la intangibilidad del contrato que consagraba el artículo 1123 del C.C. italiano de 1865, *cfr.* al respecto TARTAGLIA, PAOLO: voz “Onerosità eccessiva”, en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXX, pág. 156 o también BOSELLI, ALDO: voz “Eccessiva onerosità” en *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. VI, p. 333.

Hay indudablemente en todo esto atentados contra el principio de la intangibilidad del contrato, pero tal atentado no es obra de las partes ni del juez, sino de la ley. Ahora bien ¿cuál es el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato? No lo es acaso la propia legislación, que ha establecido el respeto incondicional de las propias partes y de los jueces a los contratos que las partes celebren, por una razón de utilidad social, para realizar así el bien común? Cuando ese bien común lo exige, no puede reprochársele por tanto al legislador que altere algunas de las consecuencias de esos contratos que él mismo ha sancionado y cuya estabilidad depende de él. Solo que los caracteres de generalidad y abstracción que corresponden a toda ley, salvaguardan a los contratantes contra las infracciones al principio de la intangibilidad del contrato por obra de su co-contratante o del juez.

La revisión del contrato por el juez que consagran los citados artículos del vigente Código italiano y que admite la jurisprudencia alemana es muy diferente de todo esto. En Francia y entre nosotros se han creado por obra de la jurisprudencia verdaderas obligaciones a cargo de partes de un contrato que éstas jamás habían soñado contraer. Un ejemplo de ello es la llamada “obligación de seguridad” que por la vía de interpretación de los contratos de transporte se ha declarado implícitamente querida por las partes al celebrar un contrato de esta especie. Pero la consagración de la teoría de la imprevisión supone más que esto, supone la intromisión en el contrato de una voluntad externa al consenso o común voluntad de las partes que fue lo que lo produjo ¹⁵. Voluntad del juez o de solo de

15 TANAGHO, SAMIR: “De l’obligation judiciaire”, L.G.D.J., París, 1965, N° 64 y sigts. págs. 138.143, en materia de revisión de un contrato distingue tres especies: a) la revisión *voluntaria* dispuestas por las propias partes, tal como se da en la transacción, que puede llegar hasta una novación de la obligación o cuando se estipulan cláusulas de valor, escalatorias, etc. b) la revisión *interpretativa* que cumple el juez cuando al integrar un contrato con las consecuencias que derivan para el mismo de la aplicación de la ley, de los usos normativos o de la equidad, ha declarado que algunos contratos implican una “obligación de seguridad” a cargo de una de las partes, tal como se hizo antes de que la legislación laboral regulara los accidentes del trabajo o cuando se ha afirmado la tácita asunción de tal obligación por quien gestiona una empresa de transporte, un tío-vivo etc.; y c) la revisión *imperativa* que derivaría de la ley o de la delegación por ésta en el juez de la potestad de modificar el contrato, en la cual la modificación del mismo no provendría, ni aun indirectamente del presunto consenso de las partes, como sería el caso de la revisión interpretativa de la voluntad de la propia contratante sino de la voluntad del legislador (resiliación legislativa) o del juez (lo que el autor llama *obligaciones judiciales*).

una de las partes, cuya eficacia modificatoria se fundaría en una norma expresa de la ley o en cualesquiera otras consideraciones de derecho objetivo.

4. LA RECEPCIÓN LEGISLATIVA EN LOS CÓDIGOS IBEROAMERICANOS

La consagración de la teoría de la imprevisión en el Código Civil italiano de 1942, la divulgación de la doctrina que esta novedad legislativa generó, pero sobre todo las crisis monetarias que azotaron las economías de algunos países iberoamericanos a partir de la segunda mitad del siglo XX, han venido induciendo a que en algunos nuevos códigos civiles, tal como el portugués reformado en 1966¹⁶ y otros de nuestro continente, como el de Guatemala reformado en 1963¹⁷, el de

16 *C.C. de Portugal*, Art. 437: “1. Si las circunstancias en que las partes fundaron la decisión de contratar hubieren sufrido una alteración anormal, la parte perjudicada tiene derecho a la resolución del contrato, o a su modificación según juicios de equidad, desde que la exigencia de las obligaciones por ella asumida afecten gravemente los principios de la buena fe y no esté cubierta por los riesgos propios del contrato.

2. Requerida la resolución, la parte contraria puede oponerse al pedido declarando aceptar la modificación del contrato en los términos del número anterior.

Art. 438: La parte perjudicada no goza del derecho de resolución o modificación del contrato si hubiese estado en mora en el momento en que se produjo la alteración de las circunstancias.

Art. 439: Resuelto el contrato son aplicables a la resolución las disposiciones de la subsección anterior”.

17 *C.C. de Guatemala, Artículo 1330*: “Cuando las condiciones bajo las cuales fuere contraída la obligación cambien de manera notable, a consecuencia de hechos extraordinarios imposibles de prever y de evitar, haciendo su cumplimiento demasiado oneroso para el deudor, el convenio podrá ser revisado mediante reclamación judicial”.

En la reforma del Código de Comercio de Guatemala, cumplida en 1970, se incorpora también el artículo 687, que reza así: “Únicamente en los contratos de tracto sucesivo, y en los de ejecución diferida, puede el deudor demandar la terminación si la prestación a su cargo se vuelve excesivamente onerosa, por sobrevenir hechos extraordinarios e imprevisibles.

La terminación no afectará las prestaciones ya ejecutadas ni aquellas respecto de las cuales el deudor hubiere incurrido en mora.

No procederá la terminación en los casos de los contratos áleatorios; ni tampoco en los conmutativos, si la onerosidad es riesgo normal de ellos”.

Argentina reformado en 1964¹⁸, el de Bolivia reformado en 1976¹⁹, el de

-
- 18 *C.C. de Argentina. Artículo 1198*: “Los contratos deben de celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo a lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

En los contratos bilaterales conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos áleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.

En los contratos de ejecución continuada los efectos no alcanzarán a los efectos ya cumplidos.

No procederá la resolución, si el perjudicado hubiere obrado con culpa o estuviese en mora.

La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato”.

- 19 *C.C. de Bolivia. Artículo 581*: “En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, la parte cuya prestación se ha tornado excesivamente onerosa por circunstancias o acontecimientos extraordinarios e imprevisibles podrá demandar la resolución del contrato con los efectos establecidos para la resolución por incumplimiento voluntario.

II. La demanda de resolución no será admitida si la prestación excesivamente onerosa ha sido ya ejecutada o si la parte cuya prestación se ha tornado onerosa en exceso era ya voluntariamente incumplida o si las circunstancias o los acontecimientos se presentaron después de cumplirse la obligación.

III. Tampoco se admitirá la demanda de resolución si la onerosidad sobrevenida esta incluida en el riesgo o álea normal del contrato.

IV. El demandado puede terminar el litigio si antes de la sentencia ofrece modificar el contrato en condiciones que a juicio del juez, sean equitativas”.

Artículo 582: “En la hipótesis prevista por el artículo anterior, y cuando se trata de contratos con prestación unilateral, la parte perjudicada puede demandar se reduzcan sus prestaciones a la equidad o se modifiquen las modalidades de ejecución que, a juicio del juez, sean suficientes para esa reducción a la equidad”.

Artículo 583: “ A los contratos áleatorios no son aplicables las normas de los artículos precedentes”.

Principios similares han sido reiterados por el Código de Comercio, reformado en 1977, así:

Artículo 802: “En los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida, puede el obligado demandar la resolución del mismo si la prestación a su cargo resulta excesivamente onerosa al sobrevenir factores extraordinarios e imprevisibles debidamente comprobados.

No se admitirá demanda alguna si la onerosidad es emergente del riesgo normal del objeto del contrato; tampoco en los de ejecución inmediata.

El acreedor puede oponerse a la resolución si ofrece una modificación equitativa de las cláusulas que dieron lugar a tal demanda.

Paraguay reformado en 1987 ²⁰ el de Cuba reformado en 1987 ²¹ y el de Perú reformado en 1984 ²²; sin contar con la excepción que hacen a la

-
- La resolución del contrato declarada judicialmente no tendrá efecto retroactivo”.
- Artículo 803:* “En todos los contratos se presume la buena fe y, en consecuencia, obligan no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino también en lo correspondiente a la naturaleza de los mismos según la ley, la costumbre o la equidad”.
- 20 *C.C. de Paraguay. Art. 672.* “En los contratos de ejecución diferida, si sobrevinieren circunstancias imprevisibles y extraordinarias que hicieren la prestación excesivamente onerosa, el deudor podrá pedir la resolución de los efectos del contrato pendientes de cumplimiento.
- La resolución no procederá cuando la onerosidad sobrevenida estuviera dentro del álea normal del contrato, o si el deudor fuere culpable.
- El demandado podrá evitar la resolución del contrato ofreciendo su modificación equitativa. Si el contrato fuere unilateral, el deudor podrá demandar la reducción de la prestación o la modificación equitativa de la manera de ejecutarlo.
- 21 *C.C. de Cuba. Artículo 80:* “Procederá también la rescisión de toda obligación cuando circunstancias posteriores, extraordinarias e imprevisibles al momento de su constitución, la hagan tan onerosa para el deudor que pueda presumirse, razonablemente, que éste no la hubiera contraído de haber podido prever oportunamente la nueva situación sobrevenida”.
- 22 *Código de Perú. Art. 1440:* “En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.
- Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas”.
- Art. 1441:* “Las disposiciones contenidas en el artículo 1440 se aplican:
1. A los contratos conmutativos de ejecución inmediata, cuando la prestación a cargo de una de las partes ha sido diferida por causa no imputable a ella.
 2. A los contratos áleatorios, cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato”.
- Art. 1442:* “Cuando se trate de contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones, le es privativo solicitar judicialmente la reducción de la prestación a fin de que cese su excesiva onerosidad.
- Si no se puede reducir la prestación, rige lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1440”.
- Art. 1443:* “No procede la acción por excesiva onerosidad de la prestación cuando su ejecución se ha diferido por dolo o culpa de la parte perjudicada”.
- Art. 1444:* “Es nula la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación”.
- Art. 1445:* “La acción por excesiva onerosidad de la prestación caduca a los tres meses de producidos los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles a que se refiere el artículo 1440”.

mayoría de los códigos civiles mexicanos los códigos civiles de Aguascalientes y Jalisco²³ y la recepción que a esta teoría le han prestado

Art. 1446: “El término inicial del plazo de caducidad a que se refiere el artículo 1445 corre a partir del momento en que hayan desaparecido los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles”.

- 23 El Código Civil del Distrito y Territorio Federal de México es de 1928 y en él no se recogió la teoría de la imprevisión, como lo confirman las enseñanzas de MANUEL BORJA SORIANO: “Teoría General de las Obligaciones”, Editorial Porrúa, México, 1953, Tomo I, N° 482, 486 y 502, y de ERNESTO GUTIERREZ Y GONZÁLEZ: “Derecho de las Obligaciones”, Segunda Edición, Editorial Cajica, Puebla, México, 1965, N° 444. Este último autor señala la coincidencia con este Código Civil del Distrito Federal de la mayoría de los códigos civiles de otras entidades federativas mexicanas y recogiendo las palabras de otro eminente obligacionista mexicano afirma que “toca al legislador, y no al juez, modificar por precepto de observancia general las condiciones de los contratos en circunstancias extraordinarias”. Sin embargo, no deja de recoger la excepción que hacen a este principio los códigos civiles de los estados de Aguascalientes y Jalisco. “El primero - nos dice - en su artículo 1733 y el segundo en el 1771, con las mismas palabras disponen que: ‘El consentimiento se entiende otorgado en las condiciones y circunstancias en que se celebra el contrato; por tanto, salvo aquellos que aparezcan celebrados con carácter áleatorio, los contratos podrán declararse rescindidos cuando por haber variado radicalmente las condiciones generales del medio en que debían tener cumplimiento, sea imposible satisfacer la verdadera intención de las partes y resulte, de llevar adelante los términos aparentes de la convención, una notoria injusticia o falta de equidad que no corresponda a la causa del contrato celebrado. Este precepto no comprende las fluctuaciones o cambios normales de todo sistema económico o social ni los cambios de posición o circunstancias de los contratantes en la sociedad, sino sólo aquellas alteraciones imprevisibles que sobrevienen por hechos de carácter general y que establecen una desproporción absoluta entre lo pactado y lo que actualmente debiera corresponder a la terminología empleada en el contrato’. Esta reglamentación se completa con el artículo 1734 del Código de Aguascalientes y el 1772 del de Jalisco, que a la letra dicen:

‘En todo caso de aplicación del artículo anterior, la parte que no haya obtenido la cesación de los efectos de un contrato deberá indemnizar a la otra, por mitad, de los perjuicios que le ocasione la carencia repentina de las prestaciones materia de dicho contrato, incluyendo gastos y demás que tuvieren que hacerse para lograr las mismas prestaciones en los términos que sean usuales o justos en ese momento. Sólo podrá librarse de este compromiso la parte que ofreciere a la otra llevar adelante las prestaciones aludidas, en términos hábiles, aún cuando ésta última rehusare la proposición’.

Este es el sistema de la imprevisión en esta ley, pero el mismo como se aprecia de la lectura de estas normas, y sin mayor comentario al respecto, se desvirtúa por la redacción que se da al inicio, y la que se da al final”.

los redactores del nuevo Código de Comercio colombiano de 1971²⁴. Los códigos civiles de Chile, Colombia y Ecuador, inspirados en el viejo modelo de Don Andrés Bello; los códigos mexicanos y centroamericanos, el de Brasil y el de Venezuela, modernizado este último en 1942 bajo la decisiva influencia del Proyecto de Código de las Obligaciones y de los Contratos franco-italiano²⁵, concluido en 1927 como fruto de dos comisiones de los mas eminentes juristas de Francia (Capitant, Lyon-Caen, Ripert, etc.) y de Italia (Vittorio Scialoja, Ascoli, Coviello, Polacco, de Ruggiero, etc.) no le han dado cabida, en cambio.

-
- 24 Según VALENCIA ZEA, ARTURO: "Derecho Civil", Editorial Temis, Bogotá, 1974, Tomo III, § 119, IV; p. 450, "aunque el Código Civil no contiene una reglamentación general de la imprevisión", existen rastros de ella en el artículo 2060 ejusdem. Señala además que la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha admitido la aplicación de esta doctrina en algunas sentencias pronunciadas desde 1938. En la reforma del Código de Comercio colombiano se incluyó el siguiente artículo 868: "Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El Juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos áleatorios ni a los de ejecución instantánea".
- 25 Aunque es frecuente en la doctrina aludir al artículo 22 del Proyecto franco-italiano como un texto que consagraría la "teoría de la imprevisión", lo cierto es que, según lo expresa claramente la Relación de los proyectistas (Imprimerie Nationale, Paris, 1929, § 8, p. 42-43), este código solo quiso dar ingreso a una acción general de rescisión por lesión y sancionar la usura en sus múltiples formas. El aludido artículo 22 reza así:
- "Si las obligaciones de uno de los contratantes son del todo desproporcionadas a las ventajas que él obtiene del contrato o de la prestación de su contraparte, de manera que, según las circunstancias, deba presumirse que su consentimiento no fue suficientemente libre, el juez puede, a solicitud de la parte lesionada, anular el contrato o reducir las obligaciones. La acción de nulidad debe ser intentada durante el año siguiente a la celebración del contrato. Ella puede ser evitada mediante la oferta que haga la otra parte de pagar un suplemento que el juez reconozca como suficiente. Quedan en vigor las disposiciones especiales de determinados contratos referentes a la lesión".

Pero aun en esos países latinoamericanos cuyos códigos no han incorporado un articulado en que se consagre legislativamente la teoría de la imprevisión en materia de derecho privado, existe una manifiesta tendencia doctrinal a darle cabida. Así lo revela la contribución al Congreso Internacional celebrado en Lima del 9 al 11 de agosto de 1985, organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y la Associazione de Studio Sociale Latinoamericana (ASSLA) bajo el título “El Código Civil Peruano y el Sistema Jurídico Latinoamericano”, del brasileño Caio Da Silva Pereira, intitulada a su vez “Resolución del Contrato por Excesiva Onerosidad”; pero sobre todo los otros numerosos trabajos en que se hace referencia a los proyectos de reforma de aquellos códigos civiles que todavía no han incorporado a sus viejos códigos dichos principios que integran otro volumen titulado “Tendencia Actuales y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano”, trabajos que fueron presentados al Congreso Internacional celebrado también en Lima entre el 5 y el 7 de septiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la referida Associazione di Studi Sociali Latinoamericana (ASSLA) y cuyos ponentes fueron los argentinos Jorge Mosset Iturraspe (“Contratación Contemporánea”), Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana (“Contratación Contemporánea y Defensa Patrimonial del Deudor”), Luis Mosset de Espanés (“Lesión e Imprevisión”), el chileno Gustavo Ordoqui Castilla (“Teoría de la Imprevisión aplicable a Chile, Colombia, Ecuador, Uruguay”) y el costarricense Víctor Pérez Vargas (“La Excesiva Onerosidad Sobrevenida de la Deuda Externa Latinoamericana”), en los cuales se reseñan los intentos legislativos cumplidos en tal dirección en Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Uruguay.

5. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA IMPREVISIÓN

Un examen comparativo de los textos legales enunciados nos permite esquematizar las exigencias para la aplicación de la teoría de la imprevisión en materia de la contratación privada, así:

A. En primer lugar, *se trata de aplicarla a una relación obligatoria surgida de un contrato no solo válido* (esto es, no expuesto a una acción de nulidad), *sino bajo el presupuesto de que tal relación obligatoria no resulte imposible de cumplir por una causa extraña no imputable* que exonere de responsabilidad civil a su deudor (artículos 1271.1272, 1293

y 1344 C.C.venez.)²⁶, lo cual, si estuviéramos en presencia de un contrato bilateral o con prestaciones recíprocas, pudiera dar origen a la llamada “teoría de los riesgos”²⁷; *que tampoco quepa hablar de un incumplimiento o retardo imputable al deudor* como para que pueda remediarse con una acción por cumplimiento forzoso en especie (artículos 1264, 1265 y 1266 C.C. venez.) o, si se tratara de un contrato bilateral, con una acción de resolución por incumplimiento (art. 1167 C.C. venez.). Los códigos de Portugal (art. 438 C.C.), Argentina (art. 1196 C.C.), Guatemala (art. 687 C.Com.), Bolivia (art. 581-II, C.C.), Paraguay (art. 672 C.C.) y Perú (art. 1443 C.C.) han juzgado necesario hacer explícitos en sus respectivos textos que sancionan la imprevisión que ésta no tendrá aplicación cuando la obligación haya sido voluntariamente incumplida, el deudor incurriere en dolo o en culpa o ya hubiera caído en estado de mora.

B. La teoría no encuentra aplicación en todo género de contrato. Aun cuando el Código Civil de Portugal (art. 437), el de Cuba (art. 20) y los de Tamaulipas y Jalisco (artículos 1733 o 1771) hablan solo de un “contrato” o de “la circunstancia bajo la cual fue contraída la obligación” y el artículo 1540 del Código Civil de Guatemala apenas alude al carácter “bilateral” del contrato; el de Bolivia (art. 581 C.C. y asimismo el art. 802 C. de Com.), el de Perú (art. 1440) y los Códigos de Comercio de Guatemala (art. 687), de Colombia (art. 868) y de Bolivia (art. 802) especifican *que debe tratarse de contratos de “ejecución continuada, periódica o diferida”*. En rigor, el art. 687 del C. Com. de Guatemala sustituye las expresiones de “ejecución continuada o periódica” por la de “tracto sucesivo”; el art. 1198 C.C. de Argentina agrega en cambio a dichas expresiones la de “contrato bilateral conmutativo”; de manera similar el art. 1440 C.C. de Perú agrega la de “contratos conmutativos” y, en cambio, el artículo 672 C.C. de Paraguay omite la referencia a contratos de ejecución continuadas o periódica, para quedarse solo con la de “contratos de ejecución diferida”.

26 En la mayoría de los códigos civiles a que nos hemos referido tal imputabilidad del incumplimiento al deudor postula que se esté en presencia de una imposibilidad objetiva (art. 1218 C.C. italiano de 1942) o de un evento exterior a la voluntad del deudor, que es lo que nuestro propio Código, al estilo del Código francés y del antiguo Código italiano, llama una “causa extraña no imputable” (artículos 1271-1272 C.C.) y que se suele caracterizar con las notas de “imprevisibilidad” e “inevitabilidad” del evento. *Cfr.* mi “Doctrina General del Contrato”, Capítulo XI. El artículo 514 del Código Civil argentino dice: “caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse”.

27 *Cfr.* mi “Doctrina General del Contrato”, Capítulo XVII.

Pero si por encima de estas diferentes redacciones indagamos en los elementos estructurales de la teoría y vemos que lo que ella tiende a resolver es el conflicto de intereses que se presenta entre los contratantes cuando *las circunstancias existentes en el momento en que fue contraída la obligación se han alterado profundamente por causa del tiempo transcurrido hasta el momento en que corresponde darle cumplimiento*, se comprende que quedan fuera del ámbito de su aplicación aquellos contratos que son de cumplimiento inmediato. El artículo 802 del Cod. de Com. de Bolivia y el artículo 868 del Cod. de Com. de Colombia lo declaran de manera explícita. En tales contratos, en efecto, la tolerancia que pueda haber tenido el acreedor para no exigir el cumplimiento que dependía tan solo de su voluntad de reclamar no plantea ninguna cuestión de justicia que haga razonable agravar la situación del deudor; y , por otra parte, siempre dentro del ámbito de estas obligaciones de cumplimiento inmediato, si la falta de puntual cumplimiento se debe a una causa no imputable al deudor, su cumplimiento justificadamente retardado por el obstáculo impeditivo no tendrá tampoco porque ser objeto de los remedios de la imprevisión²⁸, y si en cambio, tal cumplimiento retardado se debiera a culpa del deudor, como es el caso del deudor moroso, entonces los remedios previstos por el propio ordenamiento (intereses moratorios, condena adicional a los mayores daños comprobados, etc.) bastan para realizar la Justicia.

Corolario de todo esto es que la teoría de la imprevisión no tiene porqué ser restringida a los puros contratos bilaterales, sino que *puede ser extendida a los contratos unilaterales onerosos*, tales como el préstamo con intereses cuando alguno de sus protagonistas pueda resultar enriquecido a expensas de su contraparte ²⁹. Contemplan expresamente

28 El artículo 1441-I del Código Civil del Perú aplica también la teoría de la imprevisión en este caso.

29 La doctrina italiana considera que la expresión “contrato bilateral” haría alusión al puro sinalagma genético, que no se daría en los llamados contratos sinalagmático imperfectos, y que por referirse la imprevisión no al momento de asunción de las obligaciones por sus protagonistas, sino a la interdependencia funcional de las obligaciones (sinalagma funcional), es mas técnico hablar de “contratos con prestaciones correspectivas”. De esta manera superan una controversia que existe en cambio en la doctrina francesa y que existía en la del Código italiano de 1865, reflejándose por consiguiente en nuestro código y en otros códigos latinoamericanos. *Cfr.* mi “Doctrina General del Contrato”.

este supuesto el Código Civil italiano (art. 1468), el de Perú (art. 1442), el de Paraguay (art. 672) y el de Bolivia (art. 582). Otros, como el artículo 437 del Código Civil de Portugal, el art. 1330 del Código Civil de Guatemala y el artículo 687 del Código de Comercio de Guatemala. El artículo 80 del Código Civil de Cuba y el artículo 868 del Código de Comercio de Colombia, aunque no contemplan la situación de modo expreso, pudieran aceptar por interpretación de las expresiones genéricas utilizadas por ellos (obligación asumida por un contrato o convenio, contrato de ejecución diferida) la idea de ser aplicable también a ciertos contratos unilaterales los principios de la imprevisión en los supuestos por ellos contemplados. Pero tal interpretación no cabría en el caso del artículo 1198 argentino que especifica “contratos bilaterales conmutativos...”³⁰.

En cuanto a los “contratos aleatorios”, el artículo 1469 del Código Civil italiano de 1942³¹, el artículo 687 del Código de Comercio de Guatemala y el artículo 583 del Código Civil de Bolivia y los artículos 1773 y 1771 respectivamente de los Códigos de los estados mexicanos de Tamaulipas y Jalisco, excluyen la aplicabilidad a ellos de la teoría. En cambio, la admiten de modo explícito los artículos 1198 del Código Civil argentino y el artículo 1441- 2º del Código Civil de Perú “cuando la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato”. Los demás códigos nada dicen al respecto, pero puede llegarse a una conclusión idéntica a la de estos dos últimos códigos tanto en lo que respecta a los de Portugal (art. 437 C.C.), Paraguay (art. 672), Cuba

30 Esta expresión, por contraste con la de contrato áleatorio, indica un contrato en que la ventaja que cada parte en la relación bilateral (o “correspectiva”) pretende obtener de la otra y el sacrificio que le ofrece en cambio pueden ser determinados por cada parte en el momento mismo de la celebración del contrato. Aunque el artículo 1440 C.C. de Perú emplea también la expresión “contrato conmutativo” no hace alusión a su bilateralidad, pero además en su siguiente artículo 1442 no deja duda de que la teoría se aplica también a los “contratos en que una sola de las partes hubiera asumido obligaciones”, esto es, a los contratos unilaterales onerosos. Sobre este punto, *cfr.* mi citada “Doctrina General del Contrato”, Nº 33.

31 El artículo 1469 del Código Civil italiano dice: “Las normas de los artículos precedentes no se aplican a los contratos áleatorios por su naturaleza o por voluntad de las partes”. La doctrina italiana considera que esta norma excluye de manera radical la aplicación de la teoría de la excesiva onerosidad a todo contrato áleatorio, *cfr.* PINO, AUGUSTO: “La excesiva onerosidad de la prestación”, versión castellana, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1959, p. 90-91, p. 94 a 98 y TARTAGLIA, op. cit. Nº 11, p. 173-174.

(art. 80) y aunque solo en lo que se refiere a contratos aleatorios de naturaleza civil en el de Guatemala (art. 1330 y 1540 C.C.), así como, por el contrario, en lo referente a los solos contratos que tengan naturaleza comercial en el de Bolivia (artículo 802 Cod. de Com.) En mi opinión las disposiciones de los códigos que excluyen la imprevisión en los contratos aleatorios obedece solo a haber seguido la redacción del artículo 1469 del Código italiano de 1942, pero desde que se acepten los postulados de la cláusula *rebus sic stantibus* no se ve porqué no haya de aplicarse a ciertos contratos aleatorios como el de renta vitalicia o el de seguro, cuando el transcurso del tiempo haya creado una situación similar a la que han previsto los artículos 1467 y 1468 del Código Civil italiano de 1942. Es cierto que el carácter aleatorio de un contrato predica estructuralmente la incertidumbre sobre la existencia o la entidad de una o de todas las prestaciones, lo que hace que las perturbaciones del valor de una de las prestaciones no sea en general relevante en lo que se refiere a la causa que la haya provocado, pero la generalización de tal irrelevancia no corresponde a una necesaria inevitabilidad de todo caso de excepción y son tales casos de excepción los que han pretendido reglamentar los citados artículos 1198 C.C. argentino y 1441-2° C.C. de Perú, singularizando la excepción a aquellos casos en que la causa que ha producido la perturbación del álea tomada en cuenta por las partes se deba a una causa totalmente irreconducible al álea en sí misma considerada. Por ejemplo: en una póliza dotal de seguro de vida la incertidumbre tomada en cuenta para fijar el monto de la prima ha sido el período de tiempo en que el tomador de la póliza tendrá que pagar tales primas antes de que el beneficiario de la póliza pueda percibir la cantidad asegurada, lo que ambas partes han hecho depender a su vez de la incertidumbre de lo que puede ser la duración de la vida asegurada, pero ciertamente no han tomado en cuenta la incertidumbre de que esta última cantidad resulte exageradamente minimizada por una inflación imprevisible durante el tiempo en que el tomador de la póliza estuvo pagando por primas sumas de dinero con un alto valor adquisitivo, por no haberse manifestado ni haber sido previsible tal inflación para el momento de la celebración del contrato y a veces ni siquiera durante todo el lapso pactado para cubrir las primas convenidas. Entendemos que es a estas situaciones excepcionales a las que se refieren los citados códigos civiles de Argentina y de Perú cuando hablan del caso en que “la excesiva onerosidad se produce por causas extrañas al riesgo propio del contrato”.

C. Dado que con la teoría de la imprevisión se trata de remediar una situación de desequilibrio que tiene entre sus causas el hecho de que la ejecución de la obligación resulte diferida respecto del momento de su asunción, se comprende que la mayoría de los códigos que la han receptado no duden en considerarla aplicable no solo a los contratos de ejecución continuada o periódica *en los que la “duración” de las prestaciones forma parte esencial del modo de ejecución de las prestaciones* (arrendamiento, trabajo, suministros, etc.), sino también en aquellos que por la naturaleza misma de la prestación o por voluntad de las partes, *si bien el tiempo no es un elemento estructural del contrato, por lo que podría reputárseles entre los contratos de ejecución instantánea, sin embargo la producción del resultado dirigido a satisfacer el interés del acreedor impone de hecho un cierto diferimiento en el tiempo* (contrato de obras, venta a crédito, etc.). En efecto, aunque el tiempo no sea necesariamente un elemento estructural de los contratos a los que se aplica la teoría de la imprevisión, pues la misma se aplica también a contratos en que el tiempo resulta un elemento meramente accidental, sin embargo el transcurso de un cierto tiempo sí configura un elemento estructural de la teoría de la imprevisión, en cuanto que la misma se refiere a un cambio de las circunstancias existentes en el momento de la ejecución de la prestación respecto de aquellas que estaban presentes en el momento de la formación del contrato. Todos los códigos considerados aluden por ello a la “ocurrencia de advenimientos”, “alteración” o “cambio” de las condiciones o circunstancias, surgimiento de “acontecimientos” o “circunstancias posteriores” a la celebración del contrato. En otras palabras: la agravación o mengua de la obligación cuya ejecución pretende rehusarse o ajustar a las consecuencias de esos nuevos hechos constituye otro presupuesto de la teoría que se examina.

Pero se hace alusión al tiempo necesario para la satisfacción del interés del acreedor, pues si esos hechos sobrevenidos ocurren después de tal límite de tiempo, p. ej. por haberse retardado el deudor, aun sin que pueda hablarse de mora³², el tiempo transcurrido cuando advinieron

32 Cuando la mora del deudor exige un requerimiento del acreedor y la tolerancia del acreedor permite al deudor retardar su cumplimiento, se ha considerado que habiendo tenido el deudor la oportunidad de cumplir antes de que se presentaran esos nuevos hechos, la justicia no impone aplicar la teoría de la imprevisión. En cambio, cuando tales hechos han ocurrido después de que por el consenso de las partes se ha diferido el cumplimiento de la obligación, la teoría resultaría aplicable.

esos nuevos hechos no puede reputarse necesario para la satisfacción del acreedor. Por esa misma razón *no cabe acudir a la revisión de las prestaciones que ya han sido ejecutadas cuando sobrevengan esos nuevos hechos, tal como lo declaran explícitamente algunos códigos* (art. 687 C.Com. de Guatemala, art. 1198 C.C. de Argentina, art. 581-II C.C. de Bolivia, art. 1140 C.C. de Perú). Esto es también aplicable al Código Civil italiano, pues su artículo 1467 refiere los efectos de la resolución por incumplimiento de los contratos de ejecución continuada o periódica al artículo 1458 ejusdem que trata sobre la resolución por incumplimiento de los contratos por ejecución continuada o periódica y que aclara que el efecto retroactivo de la resolución “no se extiende a las prestaciones ya ejecutadas”, lo que ha sido interpretado por la casación italiana en el sentido de no admitir la resolución cuando a la prestación periódica o continuada de una de las partes se contraponen una prestación instantánea (anticipada o posticipada) de la otra parte, por requerirse que se esté en presencia de un contrato en que a una prestación continuada de una parte se contraponga una otra prestación periódica, de modo que la corresponsabilidad se refleje sobre todas las prestaciones a través de las cuales el contrato recibe ejecución. Por prestación ya ejecutada, a la cual la resolución de manera excepcional no se extiende, habría que entender, pues, aquella por la cual el deudor haya satisfecho ya íntegramente el interés de su acreedor. ¿Qué es entonces lo que predicen los indicados códigos latinoamericanos que excluyen la imprevisión?. ¿Qué la aplicación de la teoría de la imprevisión exige la continuidad en la ejecución o el diferimiento en el tiempo de ambas prestaciones?. ¿Qué la resolución o la revisión del contrato opera solo en provecho de la parte que todavía no ha cumplido con su obligación y que solicita la revisión del contrato, aun si la otra parte ha ejecutado ya íntegramente su prestación correspondiente para el momento en que ha advenido el cambio de circunstancias?. La propia doctrina y jurisprudencia italianas están lejos de haber dado una respuesta concluyente o al menos unánime a tal pregunta³³.

El artículo 1441-1º C.C. de Perú la admite de modo explícito cuando la obligación que no ha podido ser cumplida por un impedimento temporal no imputable al deudor resulta posible de cumplir al cesar tal impedimento. El diferimiento de la obligación resultaría, sin embargo, en este caso de la voluntad del ordenamiento.

33 PINO, op. cit., p. 126 y sigs.; TARTAGLIA, op. cit., p. 161 y p. 162 y 165.

D. *Las normas de los diversos códigos exigen que esos nuevos hechos sean extraordinarios e imprevisibles* (art. 1467 C.C. italiano, art. 687 C.Com. guatemalteco, art. 1198 C.C. argentino, art. 581 C.C. y 802 C. Com. boliviano, art. 80 C.C. cubano, art. 1440 C.C. peruano, art. 868 C.Com. colombiano) y alguno de ellos aclara que además deben ser inevitables (art. 1330 C.C. de Guatemala).

La imprevisibilidad de que aquí se habla no puede ser confundida con aquella a que se refieren los códigos cuando dicen que el deudor contractual no queda obligado con su acreedor sino por las consecuencias de su incumplimiento que hayan sido previstas o que sean previsibles al tiempo de la celebración del contrato (art. 1274 C.C. venez.), pues si el deudor debiera entenderse en tal caso exonerado de una acción de cumplimiento en especie o por equivalente no se plantearía siquiera la cuestión de la revisión de la relación obligatoria. La imprevisibilidad a que alude la teoría de la imprevisión se conecta inescindiblemente con el carácter “extraordinario” de esos hechos sobrevenidos, carácter que no tiene ya que hacer con la formación de la voluntad de los sujetos de la relación obligatoria, sino que habría que valorar con un criterio objetivo que permita excluir por su falta de “probabilidad” la consideración de esos hechos sobrevenidos, precisamente por su carácter “extraordinario”. Los códigos civiles (art. 1624 C.C. venez., equivalente a los artículos 1769 y 1773 C.C. francés, y a los artículos 1620 y 1621 C.C. italiano de 1865) seguidores de una orientación que hunde sus raíces en el derecho romano, han distinguido en materia de arrendamientos de predios rústicos entre “casos fortuitos ordinarios” y “casos fortuitos extraordinarios” en función de la previsibilidad, considerando “previsibles” (aunque resulten luego inevitables) los primeros (esterilidad de la tierra, pérdida de la cosecha por exceso o defecto de lluvias, etc.) y, en cambio, “imprevisibles” lo segundo, precisamente por su mayor improbabilidad, que los haría “extraordinarios” (“incendio, inundación insólita, terremoto u otro igualmente desacostumbrado, que las partes no han podido razonablemente prever”). La teoría de la imprevisión constituye, pues, una generalización de este último concepto, para aplicarlo a hechos sobrevenidos que, aun sí pudieran haber sido previsibles en el momento de la celebración del contrato y que tampoco han hecho realmente imposible el cumplimiento de la obligación en el sentido de la “causa extraña no imputable” cuando ha llegado el momento de tal cumplimiento, sino que tan solo impondrían al deudor una voluntad de cumplimiento

desproporcionada con los fines perseguidos en el momento de la celebración del contrato, justificarían sin embargo la revisión de la relación obligatoria afectada por tales circunstancias “imprevisibles”. De esta manera, fenómenos como la inflación monetaria o el encarecimiento de los precios de materiales necesarios para cumplir con la prestación prometida, susceptibles de romper el equilibrio que las partes tuvieron en cuenta al celebrar un contrato ejecutable en un cierto tiempo, que según el criterio de previsibilidad aplicable en general para la determinación de la extensión de las consecuencias de haber asumido una obligación, no deberían liberar al deudor de indemnizar a su acreedor en caso de un incumplimiento que no pueda justificar por una causa extraña no imputable, y por el contrario, deberían ser apreciados como una simple dificultad o impedimento de naturaleza subjetiva no liberatoria, se transforman en algunas concretas situaciones, por desacostumbrados o “extraordinarios”, en algo “imprevisible” en el sentido de esta teoría y permiten solicitar del juez la revisión de la relación obligatoria. Al quedar a la discreción del juez establecer si esos hechos sobrevenidos presentan tales caracteres de ser imprevisibles y extraordinarios se corre ciertamente el peligro de introducir un elemento perturbador en la seguridad jurídica con que la ley ha pretendido blindar la estabilidad de la previsión del futuro, inherente al intento de las partes que celebran un determinado contrato que deba desplegar sus efectos hacia el futuro³⁴.

E. Si exceptuamos los casos del Código portugués (art. 437) y de los códigos civiles de los estados mexicanos de Tamaulipas (art. 1733) y Jalisco (art. 1775), tanto en el Código Civil italiano (art. 1467) como en los códigos latinoamericanos (art. 1198 C.C. argentino, art. 581 C.C., 802 C.Com. de Bolivia, art. 672 C.C. de Paraguay, art. 80' C.C. de Cuba, art. 1440 C.C. de Perú y art. 868 C. Com. de Colombia), *los aludidos hechos sobrevenidos, imprevisible y extraordinarios a que hemos aludido deben haber causado que el cumplimiento de la obligación de quien pide la revisión del contrato se haya hecho “excesivamente oneroso”* (el artículo 1330 C.C. de Guatemala dice “demasiado oneroso”).

34 La propia doctrina latinoamericana que muestra entusiasmo con la recepción de esta teoría no duda en advertir que se está - como dice ORDOQUI CASTILLA, op. cit. p. 437 - “en presencia de un recurso jurídico de extraordinaria importancia, que debe ser manejado con extrema cautela”.

El concepto de “onerosidad” es otro de los flancos que ofrecen estos textos para que se atente contra la seguridad jurídica que persiguen las partes de un contrato. Para minimizar tal riesgo es que se le agrega el calificativo de “excesiva”. Se sostiene que ella no debe confundirse con la “dificultad económica” y que debe distinguirse de la insuficiencia del patrimonio del deudor; que tampoco significa una simple mengua de la utilidad que se podía esperar ni aun la desaparición de tal utilidad, sino que ella debe acarrear una pérdida. Pero, aunque se dice que el juez debe aplicar un criterio objetivo, se le recomienda una inspección de los criterios técnicos con los que el deudor ha conducido y conduce su propio patrimonio, habida cuenta de las proporciones de éste y de las posibilidades generales de la economía³⁵. En el contrato con prestaciones recíprocas se parte de una confrontación entre ambas obligaciones contrapuestas y se compara la relación así establecida con un tercer término, que será la moneda como medida uniforme de valor, para tratar de desvelar el equilibrio original entre las recíprocas prestaciones³⁶.

Se señala además que debe discernirse el caso en que ninguna de las prestaciones correspectivas ha sido ejecutada, de aquel en que una de ellas haya sido totalmente ejecutada y aquel en que esta solo haya sido parcialmente ejecutada. Se ha señalado también que la onerosidad no debe determinarse exclusivamente en vista de las obligaciones principales, sino teniendo en cuenta todo el conjunto del contrato, comprendidas las obligaciones accesorias.

En relación con los contratos unilaterales, en que no cabe confrontación de la obligación de una parte con la de la otra y en que se trata solo de reducir o de incrementar la obligación del único deudor, la onerosidad excesiva se determinará confrontando la prestación originaria con la que se debe en el momento del cumplimiento.

35 PINO, op. cit., p. 24 y sigts.; TARTAGLIA, op. cit. p. 163.

36 PINO, p. 48 y sigts.; TARTAGLIA, op. cit. p. 165; BOSELLI, op. cit., Nº 12, p. 335. Para la doctrina latinoamericana *cfr.* ORDOQUI CASTILLA, op. cit. p. 446, quien resume así el criterio: “En síntesis, entendemos que la excesiva onerosidad debe evaluarse considerando la entidad de cambio de valores iniciales de las prestaciones y el valor de ella en el momento del cumplimiento asumiendo el signo monetario como unidad de medida, teniendo en cuenta el álea normal del riesgo del tipo contractual que se trate. Esta es una apreciación ontológica económica que al Juez compete realizar según su sano juicio y prudencia, que debe caracterizarse por su objetividad y apreciación ‘in concreto’ según las circunstancias del caso”.

F. Muchos de los textos legislativos examinados señalan además como criterio complementario o correctivo de la pretensión de haberse generado por los hechos imprevisibles y extraordinarios sobrevenidos una excesiva onerosidad, la idea de *que todo contrato en que hay una previsión del futuro envuelve por su naturaleza un álea y que solo si esa álea fuera anormal, y en la medida de tal anormalidad, cabe verificar la pretensión de la revisión judicial del contrato* (artículos 1467 C.C. italiano, art. 437 C.C. portugués, art. 581-III C.C. y art. 802 C.Com. boliviano, 687 C.Com. de Guatemala, art. 581 C.C. y art. 802 C.Com. bolivianos, art. 672 C.C. paraguay), pero aunque no hablen expresamente al respecto, como ocurre en otros códigos (art. 1198 C.C. argentino, art. 1330 C.C. de Guatemala, art. 80 C.C. de Cuba, art. 868 C.Com colombiano), la doctrina latinoamericana en general suele exigir siempre tal requisito³⁷. La Relación o exposición de motivos del Código Civil italiano de 1942 describe como álea normal “aquel riesgo que el contrato comporta a causa de su peculiaridad; riesgo al que cada una de las partes se somete implícitamente al celebrar el contrato”. Ese riesgo comprende las oscilaciones de valor causadas por las fluctuaciones ordinarias del concreto mercado, así como aquellas oscilaciones de valor generadas por la inflación monetaria cuando por la naturaleza del concreto contrato deba entenderse que las partes han asumido tal riesgo, lo cual será lo frecuente en los llamados contratos aleatorios. Es por esto, que muchos ordenamientos positivos rechazan de modo general la extensión de la imprevisión a este género de contratos.

El intento de tutelar a través de los textos legislativos examinados un equilibrio de la prestación a ejecutar en el presente con la voluntariamente asumida en el pasado, cuando se analizan los criterios propuestos por la doctrina para precisar qué debemos entender como “onerosidad excesiva” y como “álea normal” de una determinada obligación contractual resulta tan subjetivo, que equivale a dejarlos a la discrecionalidad del juez, con el solo argumento de que se trata de nociones de hecho que se hallan en la experiencia común y pertenecen a la conciencia social³⁸. Esto hace que la recepción de la doctrina de la imprevisión en un determinado Estado se nos exhiba como una temeridad mientras no se posea una absoluta confianza en la idoneidad técnica y corrección moral de los integrantes de su concreto Poder Judicial.

37 ORDOQUI CASTILLA, *cfr.* nota precedente; MOSSET ITURRASPE, *op. cit.* p. 240, DA SILVA PEREIRA, *op. cit.* p. 424.

38 Tal es lo que afirma PINO, *op. cit.* p. 82.

F. *El remedio propuesto cuando concurren todos los presupuestos expuestos y se trate de un contrato bilateral es la resolución del contrato con efectos ex nunc* (art. 1467 C.C. italiano, art. 437 C.C. portugués, art. 1198 C.C. argentino, art. 581 C.C. y art. 802 C.Com. bolivianos y art. 672 C.C. paraguay). El artículo 687 C.Com de Guatemala habla de “terminación” de la obligación que estaba a cargo de la parte lesionada y el art. 80 del C.C. cubano de “rescisión de la obligación”. *Se admite en todo caso que esta resolución puede ser evitada o paralizada si la parte demandada acepta la modificación propuesta por el demandante* (art. 437-2° C.C. portugués) *o si ofrece modificar equitativamente la prestación que se ha tornado excesivamente onerosa* (art. 1467 C.C. italiano, art. 802 C.Com. boliviano y art. 672 C.C. paraguay); *ofrecimiento que queda a criterio del juez apreciar a los efectos de evitar o no la resolución* (así lo prevén explícitamente el art. 581 C.C. boliviano y el art. 1440 C.C. boliviano). *Pero la parte lesionada por la excesiva onerosidad, en lugar de demandar la resolución, puede, según algunos códigos, pedir directamente la reducción de su propia prestación* (art. 437 C.C. portugués) *o también el aumento de la correlativa prestación de su contraparte* (art. 1440 C.C. peruano “a fin que cese la excesiva onerosidad” como dice este último texto). Esta opción aparece todavía como la acción que de manera principal acuerdan el artículo 1440 C.C. de Perú, el artículo 1330 C.C. de Guatemala y el artículo 868 C.Com. de Colombia, para los cuales la resolución o terminación del contrato es un remedio subsidiario, aplicable únicamente en el caso de que, por la naturaleza del contrato o a solicitud de la parte demandada, y ante la comprobación de no ser posible el reajuste del contrato, el juez aprecie como remedio mas adecuado la resolución o terminación del contrato.

Cuando se trate de un contrato unilateral en que la prestación del solo obligado se haya tornado excesivamente onerosa, aquellos códigos que hemos visto que se plantean la situación, la resuelven acordando al deudor una acción para pedir la reducción o la modificación equitativa de tal obligación (art. 1468 C.C. italiano, art. 582 C.C. boliviano, art. 672 paraguay, art. 1442 C.C. peruano). Otros, como los códigos civiles de Portugal (art. 437), de Guatemala (art. 1330) y de Cuba (art. 80), aunque nada dicen al respecto, por los términos de redacción de sus respectivas disposiciones, tal vez permitan en la práctica aplicar similares soluciones; pero no ocurre lo mismo en el caso del artículo 1198 C.C. argentino que se refiere de modo explícito tan solo a los contratos bilaterales, y no

resulta clara la procedencia de estos remedios tampoco en los casos del artículo 802 C. Com. de Bolivia y del artículo 868 C.Com. colombiano.

La interpretación de todos estos textos legales no deja de suscitar pues graves problemas en lo que se refiere a su aplicación práctica.

Si nos referimos a la resolución, caben preguntas como la siguientes: ¿quién debe ser la persona legitimada, solo el deudor o aun el acreedor de la relación bilateral cuando el cambio de circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de la celebración del contrato haga que la correspondiente prestación que éste último haya ya satisfecho pueda apreciarse como excesivamente onerosa en relación con la correspondiente obligación que ahora debe satisfacerle su deudor?³⁹ ¿Puede aquella parte que reciente la excesiva onerosidad de la prestación que le corresponde cumplir, rehusar su cumplimiento antes de haber actuado judicialmente o debe esperar primero la declaración judicial?⁴⁰ ¿Procede la resolución, y, en caso afirmativo, cómo debe regularse la restitución que habrá que hacer a quién ya había cumplido con su propia prestación, cuando a solicitud de su contraparte lesionada por la excesiva onerosidad se pronuncia la resolución del contrato? En fin, son tantas las interrogaciones que plantean los mismos códigos que han receptado la teoría de la imprevisión que se requerían múltiples textos legales para resolver con seguridad las incertidumbres que las escuetas normas de tales códigos han dejado a la interpretación de la jurisprudencia y de la doctrina, las cuales no encuentran mas auxilio que la posibilidad de identificar un fundamento dogmático de la teoría de la imprevisión en algún principio básico del moderno ordenamiento positivo del contrato: los elementos de integración del ejercicio de la autonomía de la voluntad contractual, la causa, el enriquecimiento sin causa, la buena fe, etc. Pero, si tal ocurre

39 Tal sería, p. ej. el caso de una obligación de dar un cuerpo cierto a la que le sería aplicable el artículo 1161 C.C. y en que el deudor deba todavía el precio cuando se produzca una súbita e inesperada devaluación monetaria de carácter extraordinario. ORDOQUI CASTILLA, op. cit., p. 427 escribe: "No se trata de proteger exclusivamente a los deudores como se ha manifestado en alguna oportunidad, sino lo que se busca fundamentalmente es tener un criterio para saber cómo se retribuye al nuevo 'quantum' económico que ha asumido la ecuación económica del contrato".

40 La jurisprudencia y la doctrina italianas han sido contradictorias a este respecto, *cfr.* TARTAGLIA, op. cit. p. 170. Igual incertidumbre se muestra acerca de si la resolución puede pedirse solo por vía de una acción o también por la vía de una demanda reconvenzional o de una excepción.

frente a la existencia de normas positivas que consagran explícitamente la imprevisión en los contratos de derecho privado, mucho más indispensable se nos hace el desvelamiento de esos fundamentos estructurales de tal teoría cuando nos hallemos, como es el caso de la mayoría de los códigos iberoamericanos, ante un ordenamiento positivo que no ha receptado legislativamente dicha teoría y en la que pretende imponérsela por la vía jurisprudencial.

6. LA OPINIÓN DE JURISTAS VENEZOLANOS FAVORABLES A LA RECEPCIÓN DE ESTA TEORÍA

Para la doctrina venezolana han sido significativos en tal sentido el Discurso de Incorporación a nuestra Academia de Ciencias Políticas y Sociales, pronunciado en 1972 por el doctor Luis Felipe Urbaneja, ex Ministro de Justicia entre 1950 y 1958 y mi predecesor en la Cátedra de “Obligaciones” en la Universidad Central de Venezuela, de Caracas, así como la opinión expresada por el doctor James Otis Rodner en su reciente obra “El Dinero, la Inflación y las Deudas de Valor”, catedrático también de “Obligaciones” en la Universidad Católica Andrés Bello y de “Finanzas” en el Instituto de Estudios Superiores de Administración, ambos también con sede en Caracas.

Urbaneja hace resaltar que en España, donde la teoría de la imprevisión no había sido objeto tampoco de reconocimiento legislativo para el momento en que él escribe, la jurisprudencia del Tribunal Supremo le había dado cabida⁴¹ y, en consecuencia, señala que “el problema que ha de resolver el juez español con respecto a la teoría de la imprevisión es igual al que se le presentaría a un juez venezolano”⁴¹. Pasa luego a señalar que hay necesidad técnica de relacionar la aplicación de las soluciones que predica tal teoría con algún elemento estructural del contrato que permita explicarlas. Rechaza que ello pueda hacerse por el

41 Ciertamente no existe en el Código Civil español de 1889 un texto que recoja tal teoría, pero la doctrina y la jurisprudencia españolas han concluido también por acogerla. Para no abusar de referencias me limitaré a aludir al profesor LUIS DIEZ PICAZO en su obra “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”, Editorial Tecnos, Madrid, 1979, Tomo I, Nos. 1042 y sigts., p. 863, quien encuentra los fundamentos objetivos de la teoría de la imprevisión en el principio de la buena fe y en la “ruptura del mecanismo causal” o “aparición de una anomalía funcional sobrevenida”.

mecanismo de presumir una voluntad tácita de las partes, pues una vez constituido el contrato éste se convierte en una institución autónoma, se formaría lo que él llama “un continuo contractual”, evocando así una metáfora del mundo de la física. Expone también la doctrina que pretende vincular la imprevisión a una deficiencia de la causa del contrato, a partir de idea de la causa como función económico-social y de que la sobrevenida de eventos extraordinarios que no podían haberse pronosticado alterarían la función económica sana y útil que cumplía el contrato cuando el mismo realizaba una adecuación o equivalencia entre los sacrificios patrimoniales que debían soportar las partes, determinando que el contrato quede desprovisto total o parcialmente de “causa” por venir a realizar una función no merecedora de la protección del ordenamiento. Señala que tal concepto de causa viene a coincidir en el que utiliza la jurisprudencia francesa para anular por “causa ilícita” contratos que en sí mismos se habrían formado legalmente en sus orígenes. Luego de hacer una síntesis apretada, pero fiel, de los requisitos que establece el vigente Código italiano para que proceda la resolución del contrato por excesiva onerosidad sobrevenida; de señalar que la noción de “causa extraña no imputable” que trae nuestro artículo 1271 C.C. para excluir la responsabilidad del deudor que incumple o se atrasa en su obligación no parece invocable, por cuanto una consideración de prudencia, esto es, de carácter pragmático, pero no de principio, ha llevado a la jurisprudencia nacional, sobre las huellas de la francesa, a rechazar que la imposibilidad puramente económica o dificultad de orden social o político creada por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles pueda encontrar amparo en este concepto de “causa extraña no imputable”, Urbaneja concluye que la doctrina de la imprevisión puede en cambio hallar amparo en el artículo 1160 de nuestro Código Civil, que dice: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe”. “La ejecución de buena fe –glosa– consiste en que se realizan las prestaciones estipuladas de modo que se cumpla de la mejor manera posible la intención de los contratantes, es decir, el motivo que los movió a obligarse. Por la obligación de ejecutar de buena fe lo prometido, cada contratante deberá respetar la intención del otro hasta donde tal intención podía o debía serle conocida en el momento en que trató...”. Agrega que, si bien el texto venezolano se refiere tan solo al momento de la ejecución de las obligaciones contractuales, la buena fe debe aplicarse también a la interpretación del contenido del contrato, porque –según explica– “si admitimos que la obligación de ejecutar de buena fe los contratos consiste en la necesidad

de atenerse a la intención de los contratantes, hemos de admitir, con mayor razón, que la buena fe, por ser derivada de la intención de las partes, ha de ser también factor determinante para fijar el contenido de las obligaciones”.

En virtud de lo que hemos querido denominar el ‘continuo contractual’ –continúa explicando Urbaneja– a cada obligación positiva que pesa sobre la parte deudora corresponde una obligación negativa a cargo de la parte acreedora de no hacerla mas gravosa y de no traspasar los límites impuestos, como lo hemos dicho, por la equidad, el uso o la ley.

La función del contrato es

la de servir de molde o cauce jurídico para efectuar el intercambio de bienes y servicios. La institución jurídica del contrato hace del fenómeno económico del intercambio un fenómeno jurídico, convirtiéndolo de un acto puramente material en un acto moralmente respetable, pero además la bondad de las normas legales que rigen el contrato contribuyen a que el intercambio realice mas eficazmente su función económica ... Desde el momento en que el contrato se convierte, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, en gravamen perjudicial para el patrimonio de uno de los contratantes, deja de ser instrumento de un intercambio económicamente saludable, y por lo tanto, deja de cumplir su función social. El acreedor no puede legítimamente aspirar a mayor seguridad de la que resulte del contrato y de *sus circunstancias*, es decir, de las estipulaciones debidamente enmarcadas en el contínuo de los hechos pertinentes al contrato que existían para el momento de su celebración, y que deberán ser lógicamente factores determinantes del consentimiento La misión del magistrado consiste entonces en modificar el contenido de las prestaciones, o la forma de su realización, con el objeto de reincorporarles a la estructura del contrato de modo que puedan considerarse como conformes a la voluntad de las partes. Cuando ello no sea posible, declarará terminado el contrato por la vía de la resolución.

Urbaneja propone formalmente “consagrar la teoría como una institución autónoma mediante preceptos legales de carácter general aplicables a determinadas categorías de contratos”. Señala como un ejemplo el camino que eligió el legislador italiano en el Código Civil de 1942, aunque reconoce que “la solución deberá ajustarse a las condiciones peculiares reinantes en cada país”.

Por lo que atañe al profesor Rodner, él escribe:

En nuestra opinión, es correcto el criterio asumido por la doctrina nacional –se refiere obviamente al doctor Urbaneja– de que en Venezuela no está prohibido por dispositivo legal alguno la aplicación de la teoría de la imprevisión. Mas aun, consideramos que el fundamento mas importante y posiblemente el que mejor encuadra para la aplicación de la imprevisión, por lo menos en aquellos casos donde estamos frente a una excesiva onerosidad sobrevenida a causa de la inflación, es el concepto de la buena fe.

Critica la utilización del criterio de imposibilidad económica y el intento de encuadrarla dentro del concepto de “causa extraña no imputable”, pues ello revertiría la inequidad en contra del co-contratante al liberar al deudor de toda responsabilidad, cuando lo que busca la teoría de la imprevisión es mitigar tan solo los efectos de una excesiva onerosidad sobrevenida. Señala que, aunque el sistema anglosajón se caracteriza por el amplio desarrollo dado a la aplicación del concepto de la equidad, sin embargo en dicho sistema jurídico no se ha utilizado la equidad para mitigar los efectos de la excesiva onerosidad en los contratos.

Nos parece –dice– que tratar de buscar en la equidad el equilibrio de los contratos en los casos de excesiva onerosidad sobrevenida, daría al juez prácticamente la facultad de revisar los contratos traspasando los límites dentro de los que las partes han querido celebrarlo y daría potestad al juez para medir objetivamente las prestaciones en el momento de su ejecución, lo que traspasaría los límites generales de la libertad contractual. Sería casi como decir que en los contratos, el juez tiene facultad de revisar el carácter lesivo de las prestaciones de manera permanente. La buena fe, como argumento para la ejecución de las prestaciones contractuales parece estar mas acorde con el efecto social y económico que busca la aplicación de la teoría de la imprevisión.

Rodner señala que el efecto de la inflación en los contratos es hacer muchas veces mas oneroso el contrato porque la prestación del deudor frente al acreedor es insuficiente para compensar al acreedor contra la prestación que él ya ha ejecutado en provecho del deudor, caso en que no se trataría de alterar la prestación del deudor para compensarle a él la excesiva onerosidad, sino mas bien de compensar al acreedor; señala además que la inflación muchas veces no es un hecho imprevisible, como ha ocurrido en los últimos años en Venezuela, donde se ha venido

produciendo una continua variación del nivel general de precios, no sin hacer al propio tiempo la salvedad de que cuando la inflación responde a desórdenes en la aplicación de políticas de gasto público y de políticas monetarias notables por su desuniformidad y grado puede llegar a ser un supuesto de hecho imprevisible y extraordinario que dé lugar a aplicar la teoría de la imprevisión. En el primer caso, en cambio - dice - lo recomendable a las partes sería hacer incluir en sus contratos cláusulas de ajuste o cláusulas de valor, lo que originaría no una revisión del contrato de carácter judicial, sino una revisión convencional del mismo.

7. LAS FUNDAMENTACIONES INVOCADAS PARA EXTENDER LA TEORÍA A LOS ESTADOS QUE NO LA HAN RECEPTADO EN SU LEGISLACIÓN

A. Los intentos de fundamentar la recepción de la cláusula *rebus sic stantibus* por la vía de interpretación de la voluntad de las partes tienen múltiples expresiones. Una de ellas consiste en tratar la imprevisión como un error sustancial, para apoyarla así en el artículo 1148 C.C. venez.⁴² Se parte del supuesto de que en el momento de la conclusión del contrato las partes han considerado esencial, a través de la suposición de una común motivación de ambas, la permanencia de las circunstancias económicas entonces existentes, y que así tendría que ser apreciado por el intérprete en atención a las condiciones o estado de los hechos cuando ambas partes prestaron su aquiescencia al contrato. La sobrevenida de circunstancias que alteraran el inicial equilibrio económico de las prestaciones existentes en el momento de la celebración del contrato pondría entonces de relieve la existencia de tal error sustancial y permitiría a la parte lesionada por dicha sobrevenida alterar demandar la nulidad del contrato, dejando tan solo a la otra parte la alternativa que le ofrece el aparte del artículo 1149 de nuestro Código Civil: “No procederá la nulidad por error si antes de deducirse o hasta el acto de la contestación de la demanda, la otra parte ofrece ejecutar su prestación subsanando el error sin perjuicios para el otro contratante”

42 Dice este artículo 1148 C.C. venez.: “El error de hecho produce la anulabilidad del contrato cuando recae sobre una cualidad de la cosa o sobre una circunstancia que las partes han considerado como esenciales, o que deben ser consideradas como tales en atención a la buena fé y a las condiciones bajo las cuales ha sido concluído el contrato”:

Es fácil objetar a tal intento de fundamentación que la doctrina de la nulidad del contrato por error se refiere al momento de celebración del contrato, el cual resulta aniquilado con efectos *ex tunc*, en tanto que la imprevisión lo hace al momento de ejecución y con su aplicación se persigue la adaptación del contrato a las circunstancias sobrevenidas. La inserción de la excesiva onerosidad en la teoría del error contrasta además con el rechazo de que el error sobre el valor pueda conceptuarse un error esencial⁴³.

B. Una otra presentación de este mismo intento de fundamentar la teoría de la imprevisión en la voluntad de las partes acude a la idea de “presuposición” que desarrollaron algunos civilistas alemanes clásicos. Por “presuposición” se entiende una limitación de la voluntad que, si bien no ha llegado a desarrollarse hasta el punto de convertirse en una condición, deriva de una objetiva situación de hecho común a ambos contratantes que no dependería de su arbitrio, pero que, aunque las partes no hayan hecho expresa referencia a ella, tendría que sobreentenderse como premisa implícita y determinante de su consentimiento, pues sin ello el enriquecimiento provocado por la declaración de voluntad de las partes sería ilegítimo ante la inexistencia de tal razón justificativa. La diferencia entre este supuesto fundamento de la teoría de la imprevisión y la cláusula *rebus sin stantibus* radicaría en que, mientras que la cláusula subordina la eficacia del contrato a la persistencia de las circunstancias presentes en el momento de celebración del contrato, la “presuposición” alude a que pueda o no verificarse en el momento de la ejecución del contrato la satisfacción de esa supuesta condición implícita.

Admitir que todo contrato se celebra bajo una condición inexpresada, como sería la no verificación de un cambio de circunstancias es una arbitraria presunción. El silencio de las partes al respecto, si nos mantenemos dentro de una concepción voluntarista del contrato, al enfrentarse con el advenimiento de un inesperado cambio de circunstancias, no permite concluir con certeza que ellas hayan querido condicionar la sobrevivencia de su acuerdo de voluntades a tal acontecimiento futuro e incierto en el momento de prestar sus

43 Cfr. mi “Doctrina General del Contrato”, N° 147, c.). Al respecto GHESTIN-BILLIAU, op. cit. N° 310.

consentimientos. Por lo demás, esta teoría de la presuposición, que pretende demostrar la necesidad de receptor en un derecho positivo como el nuestro la revisión del contrato por la imprevisión, puede homologarse a la teoría de la desaparición parcial de la “causa”, cuando se entiende este elemento estructural del contrato como lo hace Henri Capitant: “causa de la obligación”, que se referiría no solo al momento de formación del vínculo obligatorio (sinalagma genético), sino a algo que debe perdurar en todo momento de la vida de la obligación y hasta el momento de su ejecución (sinalagma funcional). La imprevisión se explicaría según esto, por la sobrevenida de una ausencia parcial de la causa de la obligación de la parte lesionada, similar a la que, en opinión de Capitant, justificaría la resolución del contrato por incumplimiento, la llamada “teoría de los riesgos” y la *exceptio non adimpleti contractus*⁴⁴. Si consideramos, sin embargo, que tal “causa de la obligación” alude a la realizabilidad de la finalidad perseguida por la parte que asume una obligación en el momento de prestar su asentimiento al contrato y, como tal, es algo inherente al ejercicio mismo de su autonomía, no se ve cómo conciliar tal idea con la teoría de la imprevisión, que permitiría al juez modificar la voluntad de las partes para sustituirla por la del juez ante el advenimiento de un hecho que incide *a posteriori* sobre la realización actual de la relación obligatoria, pero no sobre la realizabilidad originaria de tal finalidad, que fue lo que las partes y el propio ordenamiento consideraron al otorgar eficacia jurídica a tal relación obligatoria⁴⁵. Si

44 *Cfr.* mi “Doctrina General del Contrato”, Nº 227-4º

45 TANAGHO, SAMIR: “De l’obligation judiciaire”, L.G.D.J., París, 1965, Nos. 63 y sigts., escribe: “Sería falso invocar la causa con el fin de modificar el contrato lesionante en el sentido de igualdad objetiva. En efecto, la causa no justificaría la reducción de los honorarios de los mandatarios, gestores de negocios, abogados, etc. Es abusar de la teoría de la causa usarla contra el contrato. La única explicación válida en esta materia es la siguiente: la jurisprudencia en cuanto fuente del derecho objetivo da a los tribunales el poder de refaccionar el contrato de mandato, de gestión de negocios, etc. y de sustituirlo por la obligación contratada juzgada injusta, una nueva obligación mas conforme con la justicia conmutativa... (p. 137) “El acreedor que ve su derecho reducido y disminuido no podrá demandar sin embargo la resolución del contrato. La razón es simple: ‘Revisando el contrato, el juez sustituiría la voluntad de las partes por la suya. El papel de ella habría terminado. La revisión pone fin a la vida del contrato. Es una causa de extinción y no de resolución del contrato. No cabe demandar la resolución de un contrato ya extinguido. Una nueva relación vendría a ligar a los dos antiguos contratantes, sin nada que hacer en sus voluntades” (p. 140). Y mas adelante, comentando el artículo 1467 del Código Civil

una ausencia sobrevenida de la “causa de la obligación” justificara la intervención del juez, ésta debería expresarse en una sentencia declarativa de nulidad; no en una sentencia constitutiva de una nueva obligación.

C. Se ha intentado también darle un soporte legal objetivo a la recepción de la teoría de la imprevisión por la vía jurisprudencial en países en que no ha sido consagrada legislativamente, acudiendo a la teoría de la “causa del contrato”. Lo hemos visto en la ya reseñada opinión del doctor Urbaneja, quien alude a la “causa” entendida como “función económico-social del contrato”⁴⁶ y al concepto de “causa ilícita” que utiliza la jurisprudencia francesa⁴⁷. Se sostiene así que la tutela que presta el ordenamiento al intento de las partes se obtiene en razón de la función de la utilidad económico-social que cumple el ejercicio de la autonomía privada en el caso concreto y para explicar la teoría de la imprevisión, que no se refiere al momento inicial o del reconocimiento del sinalagma genético, se argumenta que se trataría de un vicio funcional sobrevenido a tal causa del contrato, en cuanto que el compromiso asumido y la correspondiente pretensión se habrían convertido en obligación y derecho

italiano de 1947 y el artículo 147 del Código Civil egipcio que consagran la teoría de la imprevisión agrega, bajo el N° 85, p. 179: “La revisión consagrada por estas disposiciones es necesaria e imperativa. Aplicando estos textos, el juez sustituye a la contractual una nueva obligación judicial” (*Cfr. infra* nota 15).

46 Nuestro Código Civil encabeza con el título *De la causa de los contratos* el aparte IV del § 2 (“De los requisitos para la validez de los contratos”) de la Sección 1ª. (De las fuentes de las obligaciones”) del Título III (“De las obligaciones”) de su libro Tercero (“De las maneras de adquirir y transmitir la propiedad y demás derechos”). Se ha dicho por esto que en nuestro Código Civil existe una dual noción de la causa: de una parte la “causa del contrato” en el sentido de la doctrina italiana y de otra la “causa de la obligación” en el sentido de Capitant. En este último sentido se interpreta el primer párrafo del artículo 1157 C.C. venezolano que dice: “La obligación *sin causa* o fundada en una causa falsa o ilícita, no tiene ningún efecto”.

47 El primer párrafo del artículo 1157 C.C. dice: “La causa es ilícita cuando es contraria a la Ley, a las buenas costumbres o al orden público”. Sobre la interpretación de este aparte como “causa del contrato” vinculada a la teoría social del contrato, *cfr.* mi libro “Doctrina General del Contrato”, N°s 210 a 213 y Nos. 228 y 229.

Por otra parte, el artículo 1158 reza: “El contrato es válido aunque la causa no se exprese. La causa se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario”. Aunque este artículo se refiere mas bien al problema de la prueba de la causa, es manifiesto que este texto alude primordialmente a la noción de “causa del contrato”.

subjetivo en tanto todavía estén realizando esa misma función económico-social que los ha originado. Las circunstancias imprevisibles y extraordinarias sobrevenidas vendrían a alterar tal inicial función, al generar un exceso de onerosidad que exigiría una sentencia constitutiva que restituya al contrato la utilidad original que le ha reconocido el ordenamiento jurídico⁴⁸.

D. Este supuesto apoyo de la imprevisión en la doctrina de la causa del contrato suele reforzarse con una simultánea referencia al artículo 1160 de nuestro Código Civil que, al igual que todo los códigos civiles aludidos, consagra el principio de que “los contratos deben ejecutarse de buena fe”. Se argumenta que la imprevisión es un corolario de tal principio, pues en su aspecto objetivo la buena fe predica el deber de comportarse con honestidad, lealtad, corrección (*honeste vivere, suum cuique tribuere, alterem non laedere*) y que no actuaría conforme a tal principio quien, despreocupándose de las expectativas de ambas partes en el momento en que ejerciendo su autonomía contractual y previendo tan solo el riesgo normal que supone el concreto contrato celebrado, exigiera su exacto y literal cumplimiento aun bajo el riesgo de la ruina del deudor. Se dice que del carácter objetivo de ese “compromiso de cooperación” para obtener los fines del concreto contrato que las partes celebraron en su día, al enfrentar la alteración de circunstancias relevantes que tipifican

48 Esta fundamentación es la que predomina en la doctrina italiana a partir de la reforma de su Código Civil en 1942. Exponentes de ella son Santoro Pasarelli, Redenti, Cariota Ferrara, Pino, Boselli, etc. El autor uruguayo GUSTAVO ORDOQUI CASTILLA: “Teoría de la Imprevisión aplicable a Chile, Colombia, Ecuador y Uruguay”, en “Tendencias y Perspectivas del Derecho Privado y el Sistema Jurídico Latinoamericano”, excelente ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derecho Civil celebrado en Lima en setiembre de 1988, bajo los auspicios del Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (AISLA), Editorial Cuzco, Lima, pág. 433, escribe:

Somos de la opinión que cuando un contrato es afectado por hechos imprevistos que motivan una excesiva onerosidad sobreveniente en alguna de las prestaciones ello altera su ‘causa’ y es ello precisamente lo que justifica una respuesta del ordenamiento jurídico ... A modo de ejemplo, en los contratos conmutativos, en los que aparecen prestaciones interdependientes, las mismas *deben de mirarse como equivalentes*. Si bien esta equivalencia no puede tomarse en sentido económico y absoluto aparece en la causa del contrato y el ordenamiento jurídico los autoriza mientras ello ocurre no solo en su génesis sino además, y muy particularmente, durante la ejecución del contrato.

los supuestos de la teoría de la imprevisión, resulta un derecho del lesionado patrimonialmente por tal inesperada alteración, obtener de quien resulta beneficiado por ella una modificación equitativa de la original relación obligatoria, para ajustarla al verdadero grado de confianza recíproca que las partes pusieron una en la otra al celebrar el contrato.

8. LA INSUFICIENCIA DE TALES FUNDAMENTOS EN LOS CÓDIGOS CIVILES QUE NO HAN RECEPTADO LA TEORÍA Y EN PARTICULAR EN EL CÓDIGO CIVIL VENEZOLANO

Si bien existen en nuestro Código Civil algunas disposiciones que pudieran reputarse aplicación de los enunciados principios, en particular del que exige la observancia de la buena fe en la ejecución de los derechos⁴⁹, la exacerbación del principio de la ejecución de buena fe en el ejercicio de los derechos de crédito que se originan de un contrato para derivar de allí la infracción del opuesto principio de la intangibilidad contractual, no es compatible con nuestro ordenamiento positivo. En primer lugar, nuestro Código Civil no tutela un equilibrio de la corresponsabilidad entre las obligaciones surgidas de un contrato ni siquiera en el momento inicial, como lo revela el tratamiento que el artículo 1350 C.C. venez. da al instituto de la lesión (“la rescisión por causa de lesión no puede intentarse ni aun cuando se trate de menores, sino en los casos y bajo las condiciones especialmente expresadas en la ley”)⁵⁰. Mal podría

49 El aparte único del artículo 1185 C.C. venez. consagra la doctrina del abuso del derecho en los siguientes términos: “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”. Por lo demás son muchísimas las expresas referencias a la buena fe, tanto en materia de accesión (artículos 557, 559), posesión (artículos 788, 789, 790, 791), como en materia de obligaciones y contratos (artículos 1162, 1179 a 1183, 1506, 1512). Toda la teoría de la apariencia (p. ej. artículos 1285 y 1287) se funda sobre la buena fe. Además de manera implícita este principio está presente en un sin número de artículos (1148, 1149, 1154, 1167, 1168, 1171, 1205, 1279, 1522, etc.). La buena fe en el cumplimiento de la obligación se vincula por otra parte al artículo 1270 C.C. venez. que impone al deudor comportarse según el patrón abstracto del buen padre de familia.

50 El Código venezolano contempla muy contados casos de lesión, todos ellos de lesión objetiva, p. ej.: en materia de partición de comunidades, cuando uno de los comuneros recibe menos de la parte que le corresponde en la proporción de un cuarto de ella (art. 1120) o también cuando reputar usurario percibir por intereses

admitirse, pues, que una lesión posterior a la ejecución del contrato permita una rescisión del contrato para que el juez restablezca ese equilibrio entre las prestaciones que ni siquiera ha procurado el legislador garantizar en la fase del perfeccionamiento del contrato. Nuestro Código Civil no ha reproducido ni siquiera la rescisión por lesión enorme en la venta ni la autorización al juez de conceder plazos de gracia al deudor moroso, separándose así conscientemente de sus modelos. Es sabido que esto último es posible según el Código francés, el italiano de 1865, el español y aun según el artículo 47 del Proyecto franco-italiano del Código de las Obligaciones y de los Contratos⁵¹.

de un mutuo mas de la mitad del que fuere el interés corriente en el mercado al tiempo de la convención (art. 1746), pero no ha recogido ni siquiera el supuesto de lesión enorme que trae el artículo 1674 del Código Napoleón. Es apenas en muy pocas leyes especiales, tales como el Decreto N° 247 del 09-04-46 y la Ley de Protección al Consumidor, cuya primera versión data de 1974, donde se ha intentado una definición mas general del “delito de usura”, considerando que se incurre en él cuando una de las partes pretende obtener para sí misma o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que, en atención a las circunstancias de la operación, implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado a la contraprestación que de su parte realiza ella.

Es manifiesto que esta rigidez del sistema venezolano de los contratos puede explicarse por el predominante influjo de la doctrina y jurisprudencia francesa y por la estabilidad monetaria de que gozó nuestro país hasta hace poco mas de una década. En efecto, el concepto mismo de obligación de valor para corregir los excesos del nominalismo monetario que consagra el artículo 1737 C.C. venez. apareció en nuestra jurisprudencia apenas en la década del noventa, pues hasta entonces la condena al pago de daños y perjuicios o al resarcimiento por un enriquecimiento sin causa, retardadas por efecto de la duración del proceso judicial, solía compensarse tan solo con el accesorio de unos intereses moratorios, y apenas en las obligaciones alimentarias se reconocía la necesidad de una revisión periódica derivada de la urgencia en actualizar los requerimientos del acreedor de los alimentos en función de sus exigencias vitales y de las posibilidades económicas del obligado a prestarlos. La agudización de la inflación a partir de la década del noventa y la desidia de nuestro legislador para dictar oportunamente normas generales que permitieran adecuar a la realidad monetaria los desajustes generados por la inflación, ha sido pues la causa de que se produjera entre nosotros una jurisprudencia sobre “corrección monetaria” que desborda los límites del principio nominalista, inspirada en precedentes de la jurisprudencia argentina, chilena y colombiana, de muy cuestionable calidad científica. Como he tratado allí este tema en extenso me limito a referir al lector a mi “Doctrina General del Contrato”, N° 363.

51 Las únicas normas de nuestro Código Civil en las cuales se puede hallar una aproximación a la teoría de la imprevisión serían el artículo 1588 C.C. venez., que permite al arrendatario de un inmueble urbano pedir la resolución o la disminución del canon si el inmueble arrendado sufre una destrucción parcial aun si no sea

A la aceptación de la imprevisión en los contratos de derecho privado se opone el artículo 1159 C.A. venez. que expresa claramente que la eficacia del vínculo que entre sus partes establece un contrato es comparable a la ley, en cuanto que obliga tanto a esas partes como al propio juez a respetarlo a menos que el mismo resulte revocado por el *mutuus dissensus* de sus propios autores o por alguna de las *causas autorizadas por la ley*. Esta última expresión tiene un significado claramente taxativo. El contrato podrá ser anulado, resuelto, revocado o resiliado solo con apoyo en un claro mandato legislativo. Por ello la doctrina que se opone a la resiliación del contrato por la vía de la teoría de la imprevisión, no duda en cambio de reservarle exclusivamente al legislador esa potestad para revisar los contratos mediante normas de carácter general cuando considere necesario hacerlo así por la concurrencia de circunstancias excepcionales, que el legislador apreciará con la prudencia de quien resuelve una situación general susceptible de influir sobre la economía o el buen orden social.

9. LA JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA VENEZOLANA EN MATERIA DE IMPREVISIÓN

Nuestra jurisprudencia ofrece, es cierto, un ejemplo de reacción judicial frente a eventos circunstanciales imprevisibles y extraordinarios que hayan alterado el equilibrio económico del contrato. La Segunda Guerra Mundial agudizó en nuestro país los problemas de abastecimiento que causaba la mala operación de nuestro puerto de La Guaira, principal puerto de la capital de la República, entonces operado por una compañía holandesa a la cual le restaban todavía varios años de una vieja concesión. La Corte Federal y de Casación (como se llamaba entonces nuestra Corte Suprema de Justicia) consideró necesario desligar al país de tal compromiso

imputable al arrendador; del artículo 1624 CC. venez. (art. 1769 y 1773 fr.) que permite al arrendatario de una finca rural solicitar una rebaja de la renta que paga a su arrendador si pierde mas de la mitad de los frutos por cosechar, por algún caso fortuito extraordinario; del artículo 1894 C.C. venez. (2131 fr.) que autoriza al acreedor hipotecario a considerar caducado el plazo para la devolución del crédito concedido o pedir un suplemento hipotecario cuando el bien hipotecado ha perecido o se ha deteriorado, aunque sea por un sobrevenido caso fortuito que excluya la responsabilidad de su deudor. La misma singularidad de estas normas revela que nuestro codificador los ha considerado casos excepcionales del principio general que sería, en cambio, el de la intangibilidad del contrato (art. 1159 C.C.).

y acogió por vez primera en 1945 el concepto de “contrato administrativo” que había hecho fortuna en el sistema francés. Dado que la característica de este tipo contractual es considerar al co-contratante de la Administración Pública como un mero coadyuvante en la satisfacción de un interés público, se juzgó que en este tipo de contrato debe reputarse implícita una cláusula que permita a la Administración resolverlo o modificar su contenido cuando circunstancias posteriores a su formación que no se tuvieron en cuenta en el momento de su celebración, hayan alterado el equilibrio de las respectivas prestaciones, ya que el interés público debe sobreponerse al interés del particular y no resulta sensato aplicar aquí un puro criterio de justicia conmutativa, sino mas bien un criterio de justicia distributiva, para repartir el riesgo sobrevenido entre la Administración Pública y el particular, que podría verse sujeto así a sufrir la resolución del contrato o el deber de continuar ejecutándolo no obstante la mayor onerosidad o dificultades del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, sin una razonable compensación por parte de la Administración Pública⁵². Como puede verse se trata de aplicar a los llamados “contratos administrativos” –contratos que tienen por objeto la realización de obras públicas o la prestación de servicios públicos– una solución similar a la que predica para todos los contratos de ejecución continuada, periódica o diferida la teoría de la imprevisión. Desde entonces nadie discute este postulado cuando se trata de un “contrato administrativo”, pero nuestros tribunales no han osado por ello abandonar el principio de la inmutabilidad del contrato en el ámbito de los contratos privados. Tan solo la necesidad de preservar la no interrupción de los servicios públicos justifica en realidad esta excepción, situación que no concurre en los contratos llamados de derecho privado.

52 El juez no puede jamás modificar el mismo las cláusulas de un contrato administrativo –escribe TANAGHO, N° 85, p. 177, citando a LAUBADERE– Según la jurisprudencia administrativa, la imprevisión crea una situación extracontractual que será enfocada también con medidas extracontractuales. El juez acuerda al contratista una indemnización para ayudarlo a superar sus dificultades transitorias”. Varias condiciones le son impuestas al co-contratante de la Administración que reclama indemnización. El debe comprobar que el evento le era imprevisible y que su advenimiento no entraña simplemente una disminución de sus ganancias, ni aun una simple pérdida, sino que ha causado una verdadera perturbación de la economía del contrato. Además, la compensación que se le acuerda no tiene porqué regirse por el principio de la “reparación integral” de que se habla en materia de responsabilidad contractual.

10. CONCLUSIONES

Así como no se concibe ningún Ordenamiento Jurídico que no preste su tutela al ejercicio de la iniciativa de los particulares para realizar intereses que le sean exclusivos, ya que no hay ordenamiento legislativo capaz de prever y organizar las relaciones patrimoniales y morales de cada individuo o de cada uno de los grupos integrantes de un Estado, es también incuestionable que solo el Ordenamiento Jurídico tiene la virtualidad de garantizar la realización forzosa de esos actos de previsión con que, a través de los contratos que celebran, los individuos o los grupos sociales inferiores diseñan sus expectativas futuras. Es natural, por tanto, que a las transformaciones económicas, sociales y políticas correspondan sobre el terreno del derecho de los contratos transformaciones en las modalidades de las vinculaciones que ellos generan y en las sanciones que les presta el Ordenamiento Jurídico positivo en que se insertan. Nada hay de extraño, pues, en que el progresivo proceso de globalización de la economía que ha impulsado a los países de nuestro Continente Americano que una vez formaron parte de España o Portugal a integrarse en bloques económicos, no obstante las profundas diferencias de sus respectivos procesos de devaluación de sus monedas, mantenga hoy a sus juristas en expectativa frente a la teoría de la imprevisión. Urgencias internas derivadas del carácter imprevisible y extraordinario de algunos de esos procesos inflacionarios o tomas de oportunas precauciones cuando esos súbitos cambios de sus respectivas economías puedan alterar el equilibrio de las prestaciones recíprocas concertadas en el intercambio comercial internacional, presionan hoy sobre nuestros países para darle cabida a la teoría de la imprevisión en materia de contratos de derecho privado, como presionaron en Alemania e Italia las circunstancias de la Primera y de la Segunda Guerra Mundial y como lo hacen ahora sobre el resto de Europa, sin que ni siquiera la propia Francia se salve de ello, a causa de los diferentes ritmos de las naciones integradas en la Comunidad Económica Europea. Torpe sería, entonces, empecinarse en una ciega defensa del principio de la intangibilidad del contrato.

Pero se trata ahora de manifestar mi adhesión a las proposiciones que los juristas latinoamericanos han venido haciendo de la revisión de los contratos de derecho privado por el advenimiento de circunstancias imprevisibles y extraordinarias que, sin reunir los caracteres de una causa extraña no imputable, hagan el cumplimiento de alguna de las partes excesivamente dificultoso desde una perspectiva puramente económica.

Las especulaciones judiciales sobre la causa, la buena fe, el abuso de los derechos, etc. para fundamentar en la adulteración de estos conceptos sentencias judiciales solo servirían en mi opinión para incrementar la inseguridad jurídica. La experiencia de los países en que, sin un texto legislativo que les oriente, han ensayado este proceso de innovaciones jurisprudenciales está muy lejos de parecerme encomiable en sus resultados. Tampoco siento el entusiasmo de otros de mis colegas latinoamericanos por la incorporaciones a nuestro Código Civil de fórmulas legislativas que atribuyan a los jueces la potestad de decidir cuándo un contrato debe ser disuelto o revisado con el único fundamento de criterios todavía tan imprecisos como los que se contienen en los textos legislativos que hemos analizado. Tal amplitud de poderes implica riesgos que no pueden subestimarse en contextos socio-políticos como los existentes en nuestras sociedades. Un Poder Judicial imparcial en que los jueces resulten motivados de manera exclusiva por la firme y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo, conforme a la definición justiniana de la Justicia, está todavía distante de haberse generado en sociedades mal integradas económica y culturalmente como lo son las latinoamericanas, en la que los intereses de las fracciones políticas y aun las tentaciones de colusión entre jueces y abogados, deforman con demasiada frecuencia tal ideal de objetividad e imparcialidad. Los principios de que el deudor no puede obligar a su acreedor a recibir una cosa distinta de la que se le debe ni tampoco a recibir un pago parcial consagrados por los artículos 1290 y 1291 C.C. venez. han resistido el paso de dos siglos sin causar entre nosotros graves problemas. La regla de que los contratos obligan a cumplir exactamente lo prometido y que el deudor solo puede liberarse de tal deber con el consenso de su acreedor o cuando la ley lo autorice expresamente a ello, tal como lo consagra nuestro artículo 1159 C.C., no tiene tampoco por qué crearlos. Desde que se admite que el legislador puede dispensar de hacerlo por razones de orden público ¿por qué no preferir que, cuando precisas circunstancias extraordinarias sobrevenidas hayan alterado el inicial previo equilibrio contractual deseable en una determinada especie de contratos hasta un punto en que el legislador aprecie de manera general y abstracta que conviene disolver tales vínculos contractuales o restaurar su previo equilibrio, sea el propio legislador, y no el juez, quien rescinda o modifique esa singular especie de contratos? La intervención legislativa en los contratos, precisamente por su carácter general y abstracto, y por requerir de un consenso social y no puramente individual, me parece menos riesgosa que una genérica consagración de

la teoría de la imprevisión. Es este el camino que se ha seguido en la materia de contratos de adhesión celebrados entre proveedores y consumidores, y bien pudieran dictarse también normas especiales para regular algunas otras situaciones específicas en que, por encima de los intereses particulares de sus protagonistas, exista un interés superior para reajustar el equilibrio económico perturbado. Entre tanto, creo que resulta mas conveniente mantener como un principio general que es tarea exclusiva de las propias partes incorporar a los contratos que ella celebren cláusulas escalatorias o de otro género similar, en previsión de esos incidentes económicos que puedan alterar las previsiones que ellas han entendido regular en sus contratos. Si la intervención del Estado en la economía está lejos de favorecer siempre los valores de la Justicia y con frecuencia ni siquiera la utilidad social que sus partidarios exaltan, mas peligroso aún me parece abrir una permanente y genérica brecha de intervención del juez en todos los contratos entre particulares en que el tiempo resulte implicado.

El temor expresado por mí debió estar presente en los redactores del Código Civil peruano cuando, al inspirarse en textos codificados como los del vigente Código Civil italiano, consideraron necesario agregar los artículos 1445 y 1446 para establecer un brevísimo término de caducidad de tres meses contado desde el momento de la aparición hasta el de la desaparición de los acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que se invoquen como fundamento de la acción de revisión del contrato. Este temor se manifiesta en la necesidad percibida por algunos partidarios de esta doctrina de no darle cabida para revisar prestaciones ya efectuadas aun si ellas resultaren desequilibradas con aquella que pretende reajustarse, o si quien pretende esto último haya caído ya en estado de mora, tampoco en contratos aleatorios y cuando se habla de respetar el álea normal resultante de la naturaleza del contrato. También se percibe e angustia en la resistencia que todavía domina en la mayoría de los países que hasta ahora han rehusado incorporar a sus Códigos Civiles textos similares a los que hemos aludido en este apretado examen. Por ahora que ninguno de esos intentos legislativos me parece suficiente para apaciguar mis temores. Si aun la regulación legislativa de la acción de resolución por incumplimiento imputable a una de las partes deja sin resolver algunos de los difíciles problemas importantes que suscita su aplicación, mas delicado resulta diseñar reglas claras y satisfactorias en esta materia de la excesiva onerosidad, expuesta al abuso de la discrecionalidad judicial.

El hombre artificial y el derecho de castigar

Fernando M. Fernández*

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo consiste en un breve análisis del origen filosófico del Estado y el derecho de castigar, según Thomas Hobbes (1588-1679). Se trata de una primera aproximación al tema en la que nos limitamos a la lectura de su obra *Leviatán*¹ (París, 1651).

Como comentario inicial, es necesario destacar la enorme y decisiva influencia que ha tenido esta obra en el desarrollo de la Filosofía Política². Creemos, además, que su aporte es fundamental para la Filosofía del Derecho Penal contemporáneo y la Teoría del Garantismo Penal³,

* Coordinador del Departamento Penal Baker & McKenzie.
e mail: fernando.fernandez@bakernet.com

- 1 El título original de la obra fue *Leviathan, or the Matter, Form and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*. Dicha obra fue escrita en esa ciudad francesa, debido a su huida del gobierno de Oliver Cromwell. Véase: Hobbes, Thomas. Enciclopedia Hispánica. Enciclopedia Britannica Publishers, Inc. México, 1990. Tomo 8. Pág. 14.
- 2 Véase Bobbio, Norberto: *Thomas Hobbes*. Fondo de Cultura Económica. México, 1995. Del original italiano: *Thomas Hobbes*, 1989.
- 3 Véase: Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo penal (Prólogo de Norberto Bobbio)* Edit. Trotta. Madrid, 1995. Del original italiano: *Diritto e Ragione. Teoría del Garantismo Penale*, 1989.

especialmente, para la construcción del análisis filosófico acerca del derecho de castigar el delito, piedra angular de la política criminal y base fundamental de la violencia legal en manos del Estado, que no de los particulares. En este sentido, también destaca el aporte de Hobbes acerca del respeto a las libertades fundamentales, elemento sustantivo de la moderna concepción de los derechos humanos. En otras palabras, muchos de los aspectos más debatidos en la contemporaneidad, fueron trazados, en sus líneas más esenciales, por el autor *in commento*.

Por otro lado, el crecimiento de Leviatán y su desmesurado poder no ha dejado de ser una fuente de preocupación para filósofos y ciudadanos, por distintas razones. Ella se ve acicateada por la ampliación de ese “ogro filantrópico” (como diría Octavio Paz) en la aldea global. Esto es, el animal artificial planetario, el gobierno del mundo. Volver a Hobbes es una obligación intelectual, si se quiere entender este fenómeno. También para ejercer los controles frente al poder universal de este gigante todopoderoso.

Como hemos advertido, en esta oportunidad no traspasaremos los límites de nuestro objetivo. Nos circunscribimos a señalar caminos de indagación y análisis, los cuales serán abordados de forma más ambiciosa en otro momento.

LEVIATÁN⁴ Y EL DERECHO PENAL

Leviatán es una obra fundamental para diferentes disciplinas. A partir de ella, se construyó una teoría cuya función ha sido determinar la naturaleza del poder, en las relaciones entre los hombres. Pero, también lo es para la Filosofía del Derecho. Especialmente, para la conformación de una percepción del derecho penal, como parte que es de los “artificios” Derecho y Estado, bases fundamentales del respeto y garantía de los derechos humanos⁵. En efecto, en esta obra se teoriza acerca de

4 Hobbes, Thomas: *Leviatán*. Editorial Nacional. Madrid, 1980. Del Original *Leviathan*, 1651.

5 “...el garantismo no tiene nada que ver con el mero legalismo, formalismo o procesalismo. Antes bien, consiste en la tutela de los derechos fundamentales: los cuales -de la vida a la libertad personal, de las libertades civiles y políticas a las expectativas sociales de subsistencia, de los derechos individuales a los colectivos- representan los valores, los bienes y los intereses, materiales y prepolíticos, que fundan y justifican la existencia de aquellos artificios -como los llamó Hobbes- que son el derecho y el estado, cuyo disfrute por parte de todos constituye la base sustancial de la democracia”. Véase: Ferrajoli, Luigi: *Op. Cit.* Págs. 28 y 29.

instituciones jurídicas: el Estado, el derecho de castigar, las garantías procesales, la Constitución de una República, los crímenes, la judicatura, las leyes, y otros temas. En todo ello pueden destacarse elementos constitutivos de la organización jurídica del llamado por Hobbes “Dios Mortal”⁶, es decir, el Estado. En conclusión, Hobbes debe ser considerado un autor de Filosofía del Derecho Penal, precursor, por cierto, de quien se ha dicho es el creador de la teoría moderna del Derecho Penal: Cesare de Beccaria⁷. En efecto, la trascendental obra de Beccaria se escribió más de 100 años después de Leviatán, sin embargo, en éste se encuentran sólidos cimientos del desarrollo teórico-filosófico que realizó aquél. Lo curioso es que no encontramos cita alguna en “Los Delitos y las Penas” donde pueda reflejarse alguna influencia directa.

Su tesis sobre el animal artificial⁸ es una aguda percepción sobre la configuración de la República⁹ moderna. La cual se basa en el concepto del Estado unitario, que no totalitario. Tal unidad se debe a la soberanía popular concebida como alma artificial¹⁰. Esto es consecuencia del

6 “... Hecho esto, la multitud así unida en una persona se llama REPÚBLICA, en latín CIVITAS. Esta es la generación de ese gran LEVIATÁN o más bien (por hablar con mayor reverencia) de ese *Dios Mortal* a quien debemos, bajo el *Dios Inmortal*, nuestra paz y defensa.” Véase Hobbes, Thomas: Op. Cit. Pág. 267.

7 En efecto, el autor que cita Beccaria como fuente de sus comentarios es, Montesquieu. En mi opinión, se trata de un caso en el cual el “espíritu de los tiempos” fue determinante, es decir, tales ideas eran del dominio de los filósofos y pensadores de entonces. La obra de Beccaria, además de un éxito sorprendente de venta y difusión, sigue siendo, actualmente, un texto fundamental para la teoría de los castigos penales, dentro de una democracia, es decir, con respeto de los derechos humanos. Véase Beccaria, Cesare: *De los Delitos y las Penas. Con el comentario de Voltaire*. Edit. Alianza. Madrid, 1990. De los originales italiano y francés: *Dei delitti e delle pene y Commentaire sur le livre “Des delits et des peines”*, 1764 y 1776.

8 “...La naturaleza (Arte con el cual Dios ha hecho y gobierna al mundo) es imitada por el *Arte* del hombre en muchas cosas y, entre otras, en la producción de un animal artificial” Véase Hobbes, Thomas: Op. Cit. pág. 117.

9 República “...es un persona cuyos actos ha asumido como autora una gran multitud, por pactos mútuos de unos con otros, a los fines de que pueda usar la fuerza y los medios de todos ellos, según considere oportuno, para su paz y defensa común”. Véase Hobbes, Thomas: Op. Cit. pág. 263

10 “...Pues mediante el Arte se crea ese gran Leviatán, que se llama una república o Estado (*Civitas* en latín), y que no es sino un hombre artificial, aunque de estatura y fuerza superiores a las del natural, para cuya protección y defensa fue pensado. Allí la *soberanía* es un *alma* artificial que da fuerza y movimiento al cuerpo entero. Véase Hobbes, Thomas: Op. Cit. pág. 117

contrato¹¹ social¹² entre los hombres, quienes, de esa forma, se protegen de sí mismos y se aseguran una barrera frente a los otros, quienes son sus enemigos y competidores. Esta protección, surgida del miedo y del derecho a defenderse, se basa en un sentido utilitario del bien común: parte de la base del aseguramiento del futuro. En tal sentido, la justicia, las leyes y el buen gobierno son emanaciones de la soberanía popular, que inviste a su representante, sea el soberano o la asamblea del pueblo, de la legitimidad que surge de la transferencia de sus derechos a ese gobierno.

El derecho natural¹³ se basa en la libertad¹⁴. El deseo de poder¹⁵ es la característica fundamental del ser humano. El hombre tiene derecho a todo¹⁶. Esos son aspectos centrales de la tesis de Hobbes. Los apetitos del hombre, sujeto de las pasiones mas elementales. El hombre lobo del hombre (*homo homini lupus*), es capaz de matar a otro por instinto, para satisfacer su deseo de poder. Es el hombre enemigo de todos los demás,

11 “... La transferencia mútua de un derecho es lo que los hombres llaman CONTRATO...” Véase: Hobbes, Thomas: Op. Cit. págs. 231-239

12 La tesis del contrato social fue desarrollada *in extenso* por Jean Jacques Rousseau (1712-1778), la cual fue influyente en los procesos libertarios ocurridos en el mundo, en su famosa obra *El Contrato Social*. Edit. Tecnos. Madrid, 1995. Del original francés: *Du Contrat Social* (1762).

13 “El DERECHO NATURAL, que los escritores llaman *jus naturale*, es la libertad que cada hombre tiene de usar su propio poder, como él quiera, para la preservación de su propia naturaleza, es decir , de su propia vida y, por consiguiente, de hacer toda cosa que, en su propio juicio, y razón, conciba como el medio más apto para aquello”. Véase: Hobbes, Thomas. Op. Cit. Págs. 227 y 228.

14 “Por libertad se entiende, de acuerdo con la significación apropiada de la palabra, la ausencia de impedimentos externos, impedimentos que, a menudo pueden arrebatar a un hombre parte de su poder para hacer lo que le plazca, pero no pueden abusar del poder que le queda, de acuerdo con lo que le dicten su juicio y razón” Véase. Hobbes, Thomas: OP. Cit. Pág. 228.

15 “...Por eso mismo sitio en primer lugar, como inclinación general de toda la humanidad, un deseo perpetuo e insaciable de poder tras poder, que sólo cesa con la muerte”. Véase Hobbes, Thomas: Op. Cit. Pág 199.

16 “...todo hombre tiene derecho a todo, incluso al cuerpo de los demás. Y, por tanto, mientras persista este derecho natural de todo hombre a toda cosa, no puede haber seguridad para hombre alguno (por muy fuerte o sabio que sea)...” Véase Hobbes, Thomas: Op. Cit. Pág. 228.

quien por competencia contra los otros hombres es capaz de destruir a sus iguales por medio de la guerra¹⁷.

La filosofía de Hobbes tiene un aspecto central: el deseo¹⁸. El se denota en su definición de hombre natural, dominado por las pasiones y el egoísmo. Es una percepción negativa. Se trata de los apetitos y deseos con los cuales el hombre se equipara a los animales. Por otro lado, por su miedo a la muerte, puede lograr pactar o asociarse con otros para protegerse de los peligros.

El hombre natural está inclinado hacia la guerra permanente. Es la guerra de todos contra todos. De no ser por el miedo a la destrucción y por la razón, el hombre natural podría autodestruirse por la guerra civil. El temor obliga a la autodefensa. La razón hace que se busque una solución a esta tendencia destructiva. Por ello, el hombre se apoya en los otros hombres para poder sobrevivir. Es la búsqueda de seguridad. De esta relación temerosa surge la necesidad del pacto social. De allí el Estado. Así nace Leviatán. Expresión de un compromiso que surge de la necesidad elemental de poder sobrevivir. El cual consiste en sacrificar esos apetitos primarios y fundamentales, a los fines de poder dar respuesta a las exigencias de la vida natural. Del pacto social, el hombre natural fue capaz de crear al hombre artificial.

Leviatán es la representación figurada de esa creación humana llamada Estado o República. El Estado es la configuración de un ente ficticio, pero dotado de características humanas que lo hacen sujeto del establecimiento de las relaciones que el hombre necesita para poder realizar la satisfacción de sus necesidades y, muy especialmente, la de supervivencia frente a los enemigos. Leviatán evita que los hombres se maten entre sí. Leviatán es el equilibrio, el freno, el árbitro¹⁹ que impide que se desate la fuerza de las pasiones, y que el hombre mate a sus semejantes, o que sea muerto por éstos.

17 “...De esta igualdad de capacidades surge la igualdad en la esperanza de alcanzar nuestros fines. Y, por lo tanto, si dos hombres cualesquiera desean la misma cosa, que, sin embargo, no pueden ambos gozar, devienen enemigos..” Véase: Hobbes, Thomas. Op. Cit. Pág. 223.

18 ¿Puede decirse que se trata de una antecedente de la teoría sexual freudiana, basada en el deseo y su frustración por el principio de realidad (lucha entre *Eros* y *Tánatos*?). Sin duda que este es un camino de exploración...

19 “...Este tercero a quien se someten es llamado ÁRBITRO. Y, por tanto, es ley de naturaleza *que aquellos que estén en controversia, sometan su derecho al juicio de un árbitro.*” Véase: Hobbes, Thomas: Op. Cit. Pág. 251.

El Estado para Hobbes, es una creación necesaria, es el origen de las relaciones políticas y jurídicas que existen entre los hombres. El Estado se basa en el principio de representación²⁰ que se erige en el fundamento de la democracia. Como quiera que los seres por su número no pueden todos gobernarse a sí mismos de forma individual, es necesario crear un cuerpo cuya función fundamental sea la realización de aquellas tareas que, de por sí, no podría realizar el sujeto humano. Tales tareas quedan concentradas en la idea del Estado, a cuya cabeza está el Soberano o el Parlamento. Una de esas tareas es la defensa legítima²¹.

Corresponde al Estado la elaboración de las leyes civiles²²; en ellas se contiene la ley natural²³ y se plasman las reglas por las cuales debe seguirse la sociedad para asegurar la paz²⁴. Las leyes emanadas legítimamente de su fuente, son las que dictan la razón como muro de contención de la naturaleza humana. Por lo que aquello que no está prohibido, está permitido a los hombres particulares. En las leyes civiles

-
- 20 “Una multitud de hombres se hace *una* persona cuando son representados por un hombre o una persona siempre que se haya hecho con el consentimiento de cada uno en particular de los de aquella multitud, pues es la *unidad* del mandatario, no la *unidad* de los representados, lo que hace a la persona *una*...” Hobbes, Thomas: Op. Cit. Pág. 258.
- 21 “...*todo hombre debiera esforzarse por la paz, en la medida en que espere obtenerla, y que cuando no pueda obtenerla, puede entonces buscar y usar toda la ayuda y las ventajas de la guerra*, de cuya regla la primera y fundamental ley de naturaleza, *que es buscar la paz, y seguirla*, la segunda, la suma del derecho natural, que es defendernos por todos los medios que podamos”. Véase: Hobbes, Thomas: Op. Cit. págs. 228 y 229
- 22 “...la LEY CIVIL *es para todo súbdito el conjunto de reglas que la república le ha ordenado mediante palabra, escritura u otro signo bastante de la voluntad, utilizar para la distinción de lo justo y lo injusto; esto es, de lo contrario y acorde con la regla*. Véase: Hobbes, Thomas: Op. Cit. pág. 347.
- 23 “La ley natural y la ley civil se contienen una a la otra, y tienen una extensión idéntica...la ley natural es una parte de la ley civil en todas las repúblicas del mundo. De modo recíproco, la ley civil también es una parte de los dictados de la Naturaleza...la ley civil y la natural no son especies diferentes, sino partes distintas de la ley, donde la parte escrita se denomina civil, mientras la no escrita se denomina natural...”. Véase: Hobbes, Thomas: Op. Cit. Pág. 349.
- 24 “... Pero el derecho natural, esto es, la libertad natural del hombre, puede ser reducido o limitado por la ley civil. En realidad, la finalidad de hacer leyes no es sino esa limitación, sin la cual no existiría posibilidad alguna de paz. Y la ley no se trajo al mundo sino para restringir la libertad natural de los hombres particulares, a fin de que puedan no herirse sino ayudarse unos a otros y reunirse frente a un enemigo común” Véase: Hobbes, Thomas: Op. Cit. Págs. 349 y 350.

se controla el mismo Estado para impedir su desbordamiento y desviación de sus fines.

Pero también surge el derecho de castigar²⁵. Esto es, el *ius puniendi*, el derecho a penar²⁶. El derecho de castigar es la facultad que tiene el Leviatán para imponer sanciones a todos aquellos que violen el pacto social, es decir, que infrinjan la ley, que es la expresión escrita de la voluntad general. En la ley están las exigencias fundamentales para que tenga vida y coherencia ese pacto social indispensable para la supervivencia humana. Por eso, el Estado monopoliza el derecho de castigar²⁷: El Estado le arrebató al ser humano la capacidad de castigar las ofensas que sufre. Con ello se eliminó la *vindicta privata*, que no es sino la arcaica y originaria manera en que los hombres cobraban las afrentas, mediante la venganza, tomando la justicia por mano propia²⁸. Hobbes entendió que, de continuar así, la subjetividad de hasta donde llegaba la justicia y de cómo debía aplicarse, podría ser fuente de destrucción de la sociedad humana debido a la guerra. Hobbes percibió, por ello, la capacidad del Estado de canalizar y monopolizar los castigos en representación de las víctimas de las afrentas. Así surge el derecho penal, la política criminal, que constituyen la capacidad del Estado para reprimir el delito.

Los crímenes²⁹ para Hobbes, son una infracción a la ley. La violación de la ley es la transgresión del pacto social que es el principio de

25 “...Es manifiesto por eso que el derecho de la república (esto es, de aquél o aquellos que la representan) a castigar no se funda sobre ninguna concesión o regalo de los súbditos.....” Véase Hobbes, Thomas: Op. Cit. Págs. 386.

26 “...Una pena es un mal infringido por la autoridad pública a quien ha hecho u omitido lo que esa misma autoridad considera una transgresión a la ley. A fin de que la voluntad de los hombres esté por ello mismo mejor dispuesta a la obediencia...” Véase Hobbes, Thomas. Op. Cit. Pág. 386.

27 “...Con lo cual no se le concedió, sino que se le abandonó a él (estado) ese derecho (de castigar) y sólo a él...” Véase: Hobbes, Thomas. Op. Cit. Pág. 387.

28 “...De la definición de pena deduzco, en primer lugar, que ni las venganzas privadas ni las injurias de hombres particulares pueden considerarse propiamente penas, porque no proceden de autoridad pública.” Véase Hobbes, Thomas. Op. Cit. Pág. 387.

29 “Un crimen es un pecado consistente en la comisión (por acto o palabra) de aquello prohibido por la ley, o en la omisión de lo mandado por ella. Con lo cual todo crimen es pecado, pero no todo pecado es un crimen...los latinos indicaban mediante *peccatum*, que es pecado, toda desviación respecto de la ley; pero mediante *crimen*

sustentación del Leviatán. La ley, entonces, que resume en sí misma la voluntad más sagrada para la vida social, se convierte en el límite para evitar la conducta desadaptada que atente contra la unión de los hombres. La ley es la máxima expresión de la voluntad general y en ella deben estar escritas y detalladas aquellas conductas que los integrantes de una sociedad consideran inadecuadas para la realización de los fines sociales. La ley debe ser previa (*Lex praevia*) al delito³⁰. Además, la ley debe ser conocida por todos: nadie puede alegar su ignorancia³¹. Esas son las condiciones que debe tener la ley para poder representar la voluntad social proveniente del pacto entre los hombres. Ese constructo artificial, es el músculo del Estado para poder garantizar y ejecutar la voluntad soberana del pueblo. Sin ley no hay sociedad. Sin ley no existe pacto social.

LA PERSONIFICACIÓN DE LAS COSAS³²

Hobbes entendió la importancia de las ficciones, que son indispensables para la preservación del Estado. Percibió claramente que el Estado era una construcción ficticia. No obstante ello, para poder dotar al Estado de esas capacidades que le son inherentes e indispensables para cumplir con su tarea de equilibrar la vida social, era necesario y aún lo es, que éste fuera personificado, es decir, que fuera considerado igual,

(palabra que ellos derivan de *cerno*, que significa percibir) sólo nombran aquellos pecados alegables ante un juez y que, por tanto, no son meras intenciones.” Véase: Hobbes, Thomas: Op. Cit. págs. 369 y 370

30 “...el daño infligido por un hecho perpetrado antes de existir una ley que lo prohibiera no es pena, sino un acto de hostilidad. Pues antes de la ley no existe transgresión a la ley...” Véase: Hobbes, Thomas. Op. Cit. Pág 388.

31 Tal es el principio positivo de las leyes,, que aparece en toa Constitución política y en la mayoría de los códigos penales. “...La ignorancia de la ley natural no excusa a nadie; porque todo hombre que haya alcanzado el uso de razón ha de saber que no debe hacer a otro lo mismos que no quisiera sufrir él mismo...La ignorancia del castigo, allí donde la ley está declarada, no exime a ningún hombre...”Véase Hobbes, Thomas. Op. Cit. Págs. 371 y 372.

32 “Persona es aquél *cuyas palabras o acciones son consideradas, bien sea como suyas, bien como representando las palabras y acciones de otro hombre, o de cualquier otra cosa a la que se atribuyan, verdaderamente o por ficción*. Cuando se consideran como suyas, se le llama entonces *persona natural*, y cuando se consideran como en representación de las palabras y acciones de algún otro, entonces es una *persona artificial o simulada*” Véase: Hobbes, Thomas: Op. Cit. págs. 255.

en cuanto le sea aplicable, a un ser humano de carne y hueso³³. Es por eso que el Leviatán es la ficción personificada de un sujeto humano. Este concepto se extiende más allá del Estado. Comprende la ficción de las llamadas personas jurídicas de Derecho Privado, esto es, toda la conformación de asociaciones lícitas en las que el ser humano se integra para los fines mismos de la convivencia social. La personificación de cosas ficticias, es la realización suprema y la superación del egoísmo básico, esencial en que vive el sujeto humano como ente natural. Por otro lado, el debate acerca de las personas jurídicas (o artificiales) es tema de actualidad, por lo que se discute su responsabilidad penal o no en la realización de delitos³⁴.

Los árbitros: Para Hobbes, Leviatán es el árbitro por excelencia. El único dotado de autoridad y dominio, capaz de contrarrestar el poder de cada uno e imponer su ley. El Estado resuelve los conflictos y evita la guerra de todos contra todos. Su base de sustentación es el miedo que inspira a los hombres. Si el Estado no es temible, no es respetado. Por eso, debe ser fuerte, dotado de leyes poderosas y de legitimidad, surgida del apoyo de los otros hombres que suscriben el contrato.

La judicatura, donde se integran los hombres dotados de jurisdicción, administra la justicia³⁵ y tiene la potestad imparcial de resolver los conflictos surgidos de la conducta de los hombres, juzgar los hechos e imponer las penas. Para ello, evalúa los hechos y el derecho³⁶. El juez de terreno,

33 Tal unión es de importancia central en el derecho, especialmente, para la Teoría Pura del Derecho. Véase. Kelsen, Hans. *Teoría Pura del derecho*. Edit. Universitaria de Buenos Aires. 1977. De la edición francesa. *Théorie pure du droit. Introduction a la science du droit, 1953*.

34 En efecto, las más importantes reformas penales de la actualidad en relación a los delitos económicos y al crimen organizado (Francia, España y Alemania, este debate se viene dando con no poca intensidad. Igual ocurre en el seno de las Naciones Unidas).

35 "...es ley de naturaleza que *aquellos que están en controversia, sometan su derecho al juicio de un árbitro...*ningún hombre es un árbitro adecuado para su propia causa..." Véase: Hobbes, Thomas: Op. Cit. pág. 251.

36 "...También son ministros públicos aquellos a los que se concede jurisdicción...Y como las controversias son de dos tipos, de hecho y de derecho, así también son los juicios unos de hecho y otros de derecho.Y, por consiguiente, en la misma controversia puede haber dos jueces, uno de hecho y otro de derecho...Esas personas públicas, con autoridad proveniente del poder soberano para instruir o juzgar al pueblo, son miembros de la república que pueden adecuadamente compararse con los órganos de la voz en un cuerpo natural". Véase: Hobbes, Thomas. Op. Cit. Págs. 327-329.

que es el jurado, está dotado de jurisdicción y legitimado por la soberanía para hacer que se aplique la ley.

CONCLUSIÓN

La discusión acerca estado moderno comienza con Hobbes. Tal debate aún no ha terminado. Apenas se inicia seriamente respecto a la aplicación de los castigos, los derechos humanos y la democracia. El legado de Hobbes ahora es cuando cobra importancia. El juicio acusatorio, oral y público, que ahora se está instaurando en Venezuela, es un área de influencia heredada del autor, acerca de lo cual todavía queda mucho por decir.

La creación de organizaciones supraestatales³⁷, producto de la globalización del derecho, la economía y la política, con la legislación propia en todos los campos (el derecho de castigar se impone en distintas áreas: drogas, terrorismo, genocidio y otros) constituye una ampliación de ese enorme desafío . Dado que el contrato social es ahora un contrato entre naciones, no solo entre hombres naturales, la globalización nos impone el crecimiento de Leviatán: el hombre artificial es ahora planetario. ¿Podrá la humanidad sobrevivir a su poder o será, por el contrario, un instrumento a su servicio?

37 La Organización de Naciones Unidas y el conjunto de bloques regionales de poder que se vienen conformando en el mundo entero, entre lo cual la Comunidad Económica Europea es una de sus manifestaciones más recientes, confirma la vigencia de esa reflexión. Otro asunto es el Consejo de Seguridad, nuevo árbitro de la paz.

El modus operandi en la estafa

Hernando Grisanti Aveledo*

Advertencia

Estos tres artículos fueron publicados en el valenciano periódico “El Carabobeño” los días 15 y 28 de febrero y 7 de marzo de 1991. Parece conveniente rescatarlos de la vida fugaz de los diarios, en vista de que pueden resultar interesantes para los estudiosos del Derecho Penal.

I

*“Non podría ome contar en cuantas maneras
fazen los omes engaño unos a otros” .
Partida VII, Ley 7, Título 16.*

El eximio penalista español José Antón Oneca define la estafa como la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, las induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio

* Profesor de Ciencias Penales y Criminológicas.

o en el de un tercero (vid. *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo IX, pág. 57, voz *estafa*). Según Sebastián Soler, la estafa es una disposición patrimonial perjudicial tomada por un error, el cual ha sido logrado mediante ardides tendentes a obtener un beneficio indebido (*Derecho Penal Argentino*, tomo IV, pág. 284).

Los elementos de la estafa son, por lo tanto, los siguientes: el ardid, la inducción en error y el provecho injusto con perjuicio ajeno.

No hay figura delictiva más proteica y multiforme que la estafa. Los procedimientos estafatorios son muy diversos y, todo hay que decirlo, ingeniosos.

Veamos el siguiente: El primer estafador entra en un restaurante, come alguna cosilla, paga en Caja con un billete de veinte dólares y se marcha. Poco después aparece el segundo miembro de la banda —generalmente, una mujer— toma algo, paga con un billete de diez dólares y abandona el local. Regresa en seguida, excitada, y afirma airadamente que se le ha dado de menos en la vuelta de veinte dólares. Surge la discusión. El dueño interviene y garantiza la honorabilidad de su dependiente. La mujer afirma que, antes de salir de casa, su marido le ha entregado el último billete de veinte dólares que tenía. La ha besado y ha escrito por superstición, en la esquina derecha del anverso del billete, su número telefónico. Se mira en la Caja, aparece el billete, está escrito, el dueño está avergonzado y entrega, resentido, diez dólares (vid. John Macdonald, *Crime is a business*, pág. 185).

He aquí otro *modus operandi* altamente refinado empleado por una pareja de estafadores: El primer estafador entra en una casa de antigüedades llevando un candelabro de cinco dólares. Dice al anticuario que tal candelabro proviene de la alcoba de Benito Mussolini y su amante Claretta Petacci. Pide cien dólares por el candelabro. El anticuario lo paga, y como el estafador le indica que puede conseguir el otro candelabro que integra la pareja, le ruega que, de obtenerlo, se lo venda. Después que sale el primer estafador, entra el segundo, quien, luego de fingir que echa un vistazo a las antigüedades, simula que descubre el candelabro vendido por el primero. Tras ponderar su enorme valor histórico, lo compra por doscientos dólares y promete al anticuario pagarle cinco mil dólares por el que completa la pareja, si puede obtenerlo. Entrega al anticuario su tarjeta, para que lo llame si lo consigue. Sale el segundo estafador y, en la calle, entrega al primero el candelabro que ha comprado.

El primer estafador vuelve a la tienda de antigüedades, anuncia al anticuario que ha conseguido el candelabro que forma la pareja, por el cual pide la suma de dos mil dólares. El anticuario, encantado, lo compra, pensando que va a revenderlo en los cinco mil dólares ofrecidos por el segundo estafador, y que va a lograr, de esta suerte, una jugosa ganancia. Cuando el anticuario llama al número dado por el segundo estafador, quien responde le hace saber que allí no vive ni ha vivido nunca una persona de esas señas, a quien por otra parte no conoce.

No podemos olvidar en este recuento de habilidosos procedimientos estafatorios el caso de quien vendió varias veces la Torre Eiffel, y no propiamente a personas lerdas. Este individuo sostenía ante sus víctimas que había recibido del gobierno francés el encargo ultrasecreto de vender la Torre Eiffel, y que el contrato debía realizarse en el marco de la mayor confidencialidad para evitar probables reacciones adversas del pueblo de París, que amaba su Torre.

Por último, estudiaremos los problemas que plantea la denominada *estafa en los negocios ilícitos*, en la cual el estafado perseguía una finalidad inmoral o, incluso, delictiva. Ejemplos: hacerse entregar dinero como precio de una sustancia que se dice ser abortiva, sin serlo, y que es adquirida con el propósito de interrumpir un proceso de gravidez; engañar al que cree comprar un estupefactivo y a quien se le suministra, *verbi gratia*, bicarbonato de sodio en vez de cocaína, etcétera (*cf.* Eusebio Gómez, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, pág. 239).

Maggiore piensa que en esos casos no debe hablarse de estafa, porque el Estado protege al que observa el ordenamiento jurídico, no al que lo lesiona. En particular, el patrimonio privado es defendido mientras se hace de él un uso conforme al Derecho, no contra el Derecho (*Derecho Penal*, volumen V, pág. 133).

Esta opinión es errónea, por unilateral. Maggiore juzga, únicamente, la conducta del estafado y, como es ilícita, le niega protección penal; mas olvida la conducta delictiva del estafador, a quien le asegura la impunidad sólo porque el estafado se proponía un fin delictivo o inmoral. Como observa Tolomei, los dos hechos inmorales, deshonestos, por cierto no se compensan; uno y otro contrayente deben ser castigados en cuanto lo exija el hecho respectivamente imputable. Además, la impunidad representaría un estímulo para el estafador.

Certeramente sostiene Manzini que en las hipótesis planteadas el estafador es punible, independientemente de las consecuencias jurídicas derivadas de la conducta ilícita del estafado. Cuando en un hecho se establezcan todos los requisitos de la noción de estafa, este delito subsiste y es punible, no obstante la antijuricidad o la inmoralidad de las intenciones del estafado, y la ilicitud o la inmoralidad de la efectiva relación entre estafador y estafado, en la cual se produce el fraude (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. IX, págs. 582 y ss.). Todo ello, se repite, sin perjuicio de castigar también al estafado, cuando sea pertinente.

¡Cómo se asemeja al estafador el politiquero que juega con la credulidad del pueblo, al que promete lo que sabe perfectamente que no va a cumplir, en ocasiones todo lo contrario de lo que piensa hacer, como medio de alcanzar el poder!

II

Algunos criminólogos, como De Castro y Niceforo, sostienen que en la medida en que una sociedad se va civilizando la delincuencia violenta (tipo robo) da paso a la fraudulenta (tipo estafa). El estafador es, sin duda, un intelectual de la delincuencia. A la inteligencia del estafador suele aunarse la codicia de la víctima, que garantiza la impunidad del sujeto activo. Sutherland ha llegado a afirmar, con evidente exageración, que “es imposible hacer caer en la trampa de una operación de estafa a un hombre honrado” (*The professional thief by a professional thief, annotated and interpreted*, pág. 69). A veces el presunto estafado resulta más inteligente que el estafador, y éste se convierte en estafado. Estos casos no se conocerán nunca porque el denunciante habría de reconocer, además de la propia imbecilidad, una tentativa de estafa.

Para complementar el artículo anterior sobre el *modus operandi* en la estafa, indicaremos otros casos en los cuales se han empleado procedimientos estafatorios ciertamente ingeniosos.

Manzini cita un caso antiguo, muy interesante, referente a la viuda Molière y recordado, con alusiones, por Corneille en la séptima escena de su comedia *L' inconnue*: Un tal Lescot, presidente del Parlamento de Grenoble, enamorado de dicha viuda por haberla visto mientras actuaba en el teatro, se dirigió a una proxeneta para que indujera a la actriz a ceder a sus deseos. La mediadora engañó a Lescot, mandándole una

mujer parecida a la que él codiciaba. En razón de que ésta, después de algunas entrevistas, no se dejó ver más, Lescot interpeló e insultó a la verdadera Molière. De ese modo, fue descubierta la estafa y las dos autoras fueron condenadas en 1675 (*Trattato di Diritto Penale Italiano*, vol. IX, pág. 582, nota 2).

En 1829, en Grenoble, se falló la causa de una persona que se decía el profeta Elías y anunciaba el fin del mundo; se salvarían sólo los que le entregaran sus bienes de los cuales haría un uso especial (Juan P. Ramos, *Curso de Derecho Penal*, tomo VI, pág. 54).

Aquí está otro caso, de frecuente presentación, que trae Sutherland: Hay una cartera en el suelo. Al mismo tiempo que la víctima, comparece el estafador. Juntos examinan el contenido y encuentran un billete de quinientos o de mil dólares. En lugar de hacer entrega de lo hallado, deciden ambos quedarse con el dinero. El estafador no tiene cambio; por ello ofrece a la víctima que se quede con todo y le dé la mitad. El billete es falso o no tiene curso legal (ob. cit., pág. 67).

En ocasiones se apela a los sentimientos compasivos de la víctima. Como en el siguiente caso relatado por Macdonald: Dos hombres y una mujer entran en una floristería. Parecen muy apenados. La mujer llora sin cesar. Declara, para contribuir al agobio general, que su madre acaba de morir y que el cadáver puede llegar de un momento a otro. Dentro de dos horas estará en pompas fúnebres o en su casa. Eligen unas flores, generalmente por valor de treinta y un dólares con cincuenta. Durante la conversación la mujer llora constantemente y está tan vencida por el dolor que uno de los hermanos tiene que tranquilizarla. Para pagar dan un cheque de setenta y cinco dólares que se supone pertenece a la herencia. El vendedor, naturalmente, vacila. Entonces los estafadores dicen que querían comprar las flores en otra tienda, pero como las plantas parecían tan frescas entraron en este establecimiento. Se vuelve sobre el asunto. Se dan direcciones de particulares y de tiendas y otros informes, hasta que el comerciante, a quien han causado impresión las lágrimas y el sentimiento de los compradores, cede y da el cambio del cheque falso. Reúne las flores e intenta entregarlas, pero pronto descubre que la dirección y todo lo demás es ficticio (*Crime is a business*, pág. 215).

Otro procedimiento citado también por Macdonald es el que se indica a continuación: El estafador estudia las esquelas de defunción. Luego va a la casa en la que ha ocurrido el óbito, y llama. Su aspecto es

respetuoso y grave. Pregunta por don Fulano de Tal y se “entera” de que acaba de fallecer. Entonces, el estafador declara que el finado había encargado hacía unos días una Biblia que estaba pendiente de entrega. Ciertamente que el señor que la había encargado no vivía ya y la Biblia debía ser pagada en el acto. El estafador hace ademán de marcharse, pero los parientes, entristecidos al enterarse de que este encargo fue el último acto de voluntad del difunto y que precisamente se trataba de una Biblia, pagan al estafador lo que pide (ob. cit., págs. 251 y 252).

Hans von Hentig se refiere a la gran estafa de autógrafos de Vrain Lucas, que pareció demostrar que el francés Pascal había descubierto las leyes de la gravedad antes que el inglés Newton. El orgullo nacional de los franceses acogió con avidez este engaño e impidió durante años el descubrimiento de la estafa. Incluso la Academia se dejó arrastrar por esta oleada de vanidad colectiva e incluyó fotografías de las cartas falsas en el protocolo de las sesiones. Thiers fue uno de los campeones de su autenticidad. Entre las 27.320 cartas falsificadas las había del emperador Augusto a Varo, de Cleopatra a César, de Herodes al Lázaro resucitado, del apóstol Juan a Pedro, de Judas Iscariote a María Magdalena, de Sócrates a Alcibíades, además de 116 cartas de Alcuino al emperador Carlomagno y 40 cartas de la Doncella de Orleans (cfr. *Estudios de Psicología Criminal*, vol. III -*La Estafa*-, pág. 81).

III

*“No nos engañan, nos engañamos
nosotros mismos”.*

Goethe

Con frecuencia, ya se ha dicho, el estafador se vale de la codicia de la víctima. Así ocurre en los casos denominados del *buscador de oro* y de la *estola de zorro plateado*, descritos por Macdonald.

En el primero, el estafador traba conversación en la parada del tranvía con un hombre al que no conoce. Dice que viene de las montañas y trabaja en una mina de oro. Ahora vive precisamente en la ciudad, menciona su hotel, pero no se encuentra a gusto entre la multitud. Enseña al extraño varias pepitas de oro, regadas de pequeñas astillas de cuarzo; tienen muy bonito aspecto. De repente se da cuenta de que no lleva

dinero suelto para el tranvía. Se desespera. ¿Quién querrá prestarle tres o cuatro dólares y darle su nombre y dirección? Tan pronto como llegue al hotel, devolverá el dinero. Puede dejar en prenda el oro. Hay que conservarlo cuidadosamente porque él lo necesita y tiene bastante valor. El extraño prestará la cantidad y dará con frecuencia nombre y dirección falsos, porque cree defraudar al minero una cantidad de oro. Cuando va al joyero, éste le dice que se trata de panes de latón que carecen de valor (*Crime is a business*, págs. 245 y ss.).

En el segundo, el timador detiene su coche cuando ve a mujeres dedicadas al trabajo de la casa o charlando, cuantas más haya mejor. Dice que está empleado en una gran casa de pieles en San Francisco y que, por equivocación, el empleado del almacén le ha dado una par de pieles de más. No se notará la falta; por eso puede ofrecerlas muy baratas. Saca apresuradamente de su auto una gran caja atada con cuerdas de colores. Ruega a una de las mujeres que se pruebe la magnífica piel y le diga lo que da por ella. Ella ofrece la mitad del precio que costaría en el comercio. El vendedor se desespera. Se le quiere quitar su dinero; pide una cantidad mayor, pero al final accede. La piel es de cabra montés china y cuesta al por mayor cinco dólares (ob. cit., págs. 111 y ss.).

Es también lo que sucede en el caso del *timo de la estampita*: Uno de los estafadores, que simula ser oligofrénico, juega con algunas estampitas que a primera vista parecen billetes de banco, y un par de genuinos billetes de banco, diciendo que son estampitas sin valor alguno. El otro estafador convence a un viandante de que pueden aprovecharse de la estupidez del dueño de los billetes, quitándole éstos a cambio de una cantidad mucho más pequeña que aquella que los billetes representan, que será aportada por los dos. Así se hace. Como el viandante ha aportado la mayor parte de la suma entregada al primer estafador, el segundo le da en prenda lo recibido. El viandante se marcha, con la intención de quedarse con todo. Al abrir el paquete, encuentra un par de billetes de baja denominación y... estampitas, muchas estampitas.

El deseo atávico de casarse que tiene la mujer también puede servir a los fines del estafador. Como en el siguiente caso ocurrido en Chicago. El acusado era Sigmund Engel, de setenta y tres años. La señora Reseda Corrigan, de treinta y siete años, declaró que ella iba por la Avenida de Michigan cuando un hombre le cogió las manos y dijo: "Extraordinario, extraordinario, extraordinario". "Suélteme, sinvergüenza", dice la señora que le replicó. El contestó que ella tenía un extraordinario parecido con

su difunta mujer. Siguieron juntos, comieron juntos. Engel dijo que hacía películas en Hollywood y dio como suyo el nombre de Carl Lämmle junior, un conocido productor de películas. Engel le telefoneaba a menudo, le enviaba flores tres veces al día y llevó a la señora ante la tumba de sus padres, donde él lloró, lloró la señora Corrigan y lloraron las dos hijas, adultas ya, de ella, que los habían acompañado. Luego fueron al banco, donde la señora Corrigan retiró una cantidad y Engel le enseñó dónde tenía que poner los ceros en el cheque. Engel guardó el dinero. Después fueron a una joyería para comprar el anillo de bodas, ocasión en que Engel le probó una sortija de brillantes. Los reparos por causa de la edad se dispararon cuando Engel manifestó que tenía cincuenta y cinco años. Le pidió que vendiera su casa, porque él no podía llevar a sus ricos amigos a aquel modesto barrio. Después de darle ella 8.700 dólares, él desapareció sin que ella volviera a verlo (Noticia de la *Associated Press*, de 25 de octubre de 1949, citada por Hentig).

Nuestra hija Rosibel nos relata el siguiente procedimiento estafatorio: El estafador compra una casa y, después de pagar una pequeña parte del precio, asegura al estafado que le cancelará la cantidad restante con el dinero proveniente de un crédito que le acordará cierto banco, mediante la hipoteca del inmueble en cuestión; además el comprador-estafador advierte al vendedor-estafado que recibirá el crédito bancario en mensualidades, y que en la misma forma le pagará la parte del precio que le adeuda. Como para obtener el crédito bancario con garantía hipotecaria el comprador debe ser el dueño de la casa, las partes suscriben un documento de compraventa registrado, en el cual el vendedor afirma que ha recibido íntegramente y a su entera satisfacción el precio. El estafador sólo paga la primera mensualidad con el dinero que dice haber recibido del banco tras hipotecar el inmueble. Luego el vendedor, en vista de que el comprador no sigue pagando las mensualidades, realiza la correspondiente averiguación y se entera de que el comprador jamás ha hipotecado la casa al banco.

Citemos, por último, las estafas perpetradas a través del correo o el teléfono, con la salvedad de que IPOSTEL y la CANTV cumplen una importante función antidelictiva, porque las cartas no llegan y los teléfonos no comunican. Tras publicar un aviso en la prensa y recibir los pedidos, el estafador envía a los solicitantes a cambio de dinero un producto que, como es obvio, no corresponde a las especificaciones contenidas en el aviso o no tiene los efectos que en él se indican. Muñecas inflables para

fines sexuales, cursos de ejercicios de contracción vaginal, aparatos para aumentar de estatura, pociones para curar la impotencia o películas *gays*. La vergüenza del estafado asegura la impunidad del estafador, puesto que la víctima no podría denunciar la comisión de la estafa sin reconocer que es, respectivamente, un onanista, o una mujer que aspira a ascender social o económicamente en posición horizontal, o un enano acomplejado, o un impotente, o un invertido.

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, José: Voz *Estafa*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo IX, Seix, Barcelona, 1958.
- GÓMEZ, Eusebio: *Tratado de Derecho Penal*, tomo IV, Sociedad Argentina de Editores, Buenos Aires, 1941.
- HENTIG, Hans von: “Estudios de Psicología Criminal”, III, *La Estafa*, Espasa-Calpe, Madrid, 1960.
- MACDONALD, John: *Crime is a business*, Palo Alto, 1939, *apud* Hentig cit.
- MAGGIORE, Giuseppe: *Derecho Penal*, volumen V, Temis, Bogotá, 1956.
- MANZINI, Vincenzo: *Trattato di Diritto Penale*, volume IV, UTET, Torino, 1952.
- RAMOS, Juan P.: *Curso de Derecho Penal*, tomo VI, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1952.
- SOLER, Sebastián: *Derecho Penal Argentino*, tomo IV, TEA, Buenos Aires, 1963.
- SUTHERLAND, Edwin: “The professional thief by a professional thief,” annotated and interpreted by, Chicago, 1937, *apud* Hentig cit.

Algunas consideraciones sobre la Nueva Ley de Política Habitacional y la instrumentación de nuevos mecanismos de captación de recursos a largo plazo

Julio Rodríguez B.*

La discusión en el sistema financiero venezolano, acerca de instrumentar mecanismos de captación de recursos a largo plazo que permitan mantener las colocaciones (créditos) a largo plazo, vuelve a ponerse sobre el tapete con la nueva Ley de Política Habitacional.

Si bien en la anterior Ley (1993) se estableció el mecanismo del ahorro, como instrumento fundamental de captación; en la nueva se instrumentan algunos mecanismos (Cédulas o Títulos Hipotecarios y Certificados de Participación) que podrían aumentar la disponibilidad de recursos destinados a ser prestados dentro del marco establecido por la Ley. En el presente trabajo quisiera analizar –desde el punto de vista jurídico- lo que han sido algunos instrumentos “Históricos de Captación”, al menos en el marco de otras Leyes (Ley General de Bancos); el desarrollo del derecho comparado y las normas de la nueva Ley ante lo que podrían constituir nuevos instrumentos de obtención de recursos.

* Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad Católica Andrés Bello.

Los TÍTULOS HIPOTECARIOS

La Ley de Bancos del 93, elimina la mención de cédula hipotecaria para referirse a títulos hipotecarios en el artículo 51 y siguientes. La Cédula Hipotecaria tuvo en Venezuela una larga tradición que básicamente se remonta a la Ley de Bancos Hipotecarios del 06 de junio de 1894 (artículo 1).¹ La evolución posterior nos muestra a través de las Leyes de Bancos Hipotecarios y de Leyes de Banco, la permanencia de un título de captación a mediano plazo que pudiera fondar los créditos con garantía hipotecaria. Si bien este tipo de crédito se conoce desde la época colonial (crédito sobre censo) no existían mecanismos típicos de captación de recursos a mediano y largo plazo.

La inestabilidad propia de los últimos años y la introducción de elementos de variabilidad en las tasas, provocaron progresivamente el declive de la cédula en beneficio de instrumentos de captación a corto plazo. Tal fenómeno puede estar relacionado con algunas de las dificultades que ha tenido la Banca Hipotecaria en nuestro país. Con la Ley del 93 y el surgimiento de la Banca Universal podríamos pensar en Instituciones que por su tamaño y diversidad de operaciones (activas y pasivas), podrían estar en mejores condiciones para equilibrar dentro de sus Balances créditos a largo y corto plazo, con captaciones que responderían dichas necesidades.

La parte III, Sección Segunda de la vigente Ley de Bancos, regula los títulos hipotecarios que tendrán como garantía los préstamos hipotecarios que otorguen los Bancos Hipotecarios y los Universales que realicen este tipo de operaciones activas.

A fin de adecuarse a lo señalado en el artículo 1.866 del Código Civil la "fecha de emisión no producirá privilegio alguno entre los títulos hipotecarios" (Art. 51 Ley de Bancos). En tal sentido se pronuncia la doctrina venezolana². Por supuesto el adquirente del título goza sin necesidad de inscripción o registro algunos, de los derechos que la Ley otorga al acreedor hipotecario. (art. 51)

1 Muci Abraham José, *Cédulas Hipotecarias (Estudio Técnico Jurídico)*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana. 1978, pág. 51.

2 Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1998, pag. 1.141

La nueva Ley de Bancos es flexible en cuanto a las exigencias para la emisión de títulos hipotecarios. Básicamente, (art., 52 y 53 de la Ley de Bancos), se requiere:

1. El acuerdo de las 2/3 partes de la Junta Administradora (Directiva) del Banco Emisor.
2. El acuerdo de emisión y el prospecto en el cual se describan las características de los títulos deberá ser enviado a la Superintendencia con los documentos e informes que éste solicite. En tal sentido la Superintendencia ha venido requiriendo un estudio sobre el producto y el impacto que el mismo tiene sobre la clientela y las propias instituciones.
3. El acuerdo y el prospecto de emisión serán presentados al Registrador Mercantil o al Juez de Primera Instancia en lo Mercantil del domicilio del Banco, a los efectos de inserción en el Registro de Comercio, fijación y publicación.
4. Los Bancos hipotecarios o universales deberán solicitar que los auditores externos certifiquen la existencia de los inmuebles que constituyen la garantía de los títulos hipotecarios, así como los avalúos. Esta revisión es imprescindible para garantizar a los adquirientes de los títulos, no solo la existencia de las hipotecas, sino también el valor de los inmuebles.

Las últimas emisiones de las cédulas por parte de las instituciones financieras han tenido en común algunas de las siguientes características:

- a. Tasas de interés variable calculada como un porcentaje de lo que los bancos pagan en sus certificados de depósitos.
- b. Bases del cálculo de intereses sobre meses de treinta días y año de trescientos sesenta y cinco días
- c. La garantía de los títulos es global sobre los préstamos hipotecarios otorgados por la institución.

Si bien los títulos se encuentran, para las personas naturales exentos del impuesto sobre la renta (art. 12 numeral 10 de la Ley de Impuesto sobre la Renta) la reactivación del mercado de “Cédulas Hipotecarias” no ha sido fácil. En la práctica se piensa que la excepción de encajes legales para este tipo de instrumento podría actuar como un factor estimulante para el desarrollo de los mismos.

LA DOCTRINA COMPARADA

Algunos de nuestros autores ubican el estudio de la Cédula dentro de la categoría de una obligación más de las instituciones emisoras³. Si bien los títulos hipotecarios son regulados por la Ley de Bancos y no requieren otra autorización oficial distinta a la de la Superintendencia de Bancos, es claro que la categorización señalada por Morles puede ser aceptada sin mayores reservas.

En Estados Unidos el fundamento del mercado secundario de hipotecas, tal como se conoce hoy en día, tiene su antecedente más inmediato en la gran depresión y la legislación subsiguiente a la misma. A través de la creación de los Federal Home Loan Banks (FHLB); la Federal Housing Administrations (FHA); la Federal National Mortgage Association (FNMA) y la Federal Home Loan Mortgage Corporation (FHLMC), se aseguró el soporte institucional requerido para dar liquidez al mercado hipotecario y asegurar el otorgamiento de nuevos créditos⁴. Es indudable que en el desarrollo del mercado de emisores de valores hipotecarios con intermediación en USA, la garantía de “Agencias de Gobierno” ha jugado un rol preponderante a la hora de dar tranquilidad a los inversionistas. En Venezuela, esta experiencia es tomada por la Ley de Política Habitacional del 98, ya que en el pasado los créditos hipotecarios con garantía de los fondos previstos en esta Ley no eran utilizados como activo subyacente, con el fin de obtener más recursos para el propio sistema. Sobre eso volveremos más adelante.

En España⁵ la Ley del Mercado Hipotecario del 25 de Marzo de 1981 y su reglamento regularon la emisión de tres tipos de valores hipotecarios: Cédulas; Bonos y Participaciones. Los mismos presentan las siguientes características:

-
- 3 Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1998, pág. 1.139 y siguientes.
 - 4 Falozzi, Frank; Modigliani, Franco; Ferri, Michael. *Mercados e Instituciones Financieras*, Buenos Aires Argentina, Editorial Hispanoamericana, 1996, pág. 107 y siguientes.
 - 5 Sánchez Calero, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*, Tomo I, Madrid, Mc Graw Hill, 1997, pág. 561 y siguientes.

CÉDULAS HIPOTECARIAS

Conceden un derecho de crédito al titular de la cédula sobre los créditos hipotecarios que tiene la entidad emisora de la cédula frente a sus clientes. Se pueden emitir aisladamente o en serie y ser representadas por títulos o mediante anotaciones en cuenta. Es importante señalar que aún cuando sean emitidas en serie e incorporen una deuda no son consideradas como obligaciones, a los efectos de serle aplicado dicho régimen.

BONOS HIPOTECARIOS

A diferencia de las cédulas, la garantía del titular se concreta en los créditos hipotecarios (que se afecten expresamente en la escritura de emisión) que tenga la entidad emisora contra sus clientes. Es decir, la garantía se limita a unos créditos hipotecarios determinados.

A dichos bonos, cuando se emiten en serie, se les aplica de forma subsidiaria el régimen de las obligaciones.

PARTICIPACIONES HIPOTECARIAS

Son títulos mediante los cuales las entidades emisoras ceden a un tercero en todo o en parte un crédito que hayan otorgado a sus clientes. Las participaciones han de emitirse siempre en forma nominativa.

Las participaciones han tenido una gran importancia a la hora de agruparse para constituir los llamados fondos de Titularización Hipotecaria regulados por la Ley 19/1992 del 7 de julio. Sobre estos fondos hablaremos más adelante.

ENTIDADES DE INVERSIÓN COLECTIVA

La Ley de Entidades de Inversión Colectiva (de agosto de 1996), define a aquellos como instituciones que canalizan los aportes de los inversionistas destinados a constituir un capital o patrimonio común, integrado por una cartera compuesta de títulos valores u otros activos. Dentro de estas entidades de inversión colectiva la ley regula las entidades de inversión colectiva inmobiliaria que son aquellas cuyo objeto sea la

canalización de recursos hacia proyectos del sector inmobiliario y bienes raíces.

Como bien señala el art. 38 de la Ley de Entidades de Inversión, las mismas deben invertir, entre otros casos, en: Títulos valores o instrumentos garantizados con hipotecas sobre bienes inmuebles o sobre créditos hipotecarios relativos a los mismos. El artículo mencionado abre una posibilidad importante de recursos para la adquisición de recursos para la adquisición de títulos hipotecarios. El poco desarrollo del mercado parece no estar vinculado con la carencia de títulos para cumplir con este objetivo sino más bien con condiciones del mercado que favorecen la venta de papeles muy rentables con plazos cortos.

EL NUEVO DECRETO CON RANGO Y FUERZA DE LEY QUE REGULA EL SUBSISTEMA DE VIVIENDA Y POLÍTICA HABITACIONAL

El título IV (art. 38 a 44) del decreto con rango de Ley establece dos mecanismos fundamentales para la obtención de recursos destinados a los programas habitacionales: Cédulas o Títulos Hipotecarios y Certificados de Participación.

Los instrumentos no son nuevos en términos de la figura legal utilizada. Ya mencionamos que la Ley de Bancos regula lo relativo a los Títulos Hipotecarios los cuales se llamaban en anteriores legislaciones cédulas hipotecarias. Los certificados de participación se han venido imponiendo en otro tipo de carteras de crédito distintas de las hipotecarias y lo que hace es afectarlo, en las cuales no existían los problemas relativos a la protocolización de los instrumentos que se entregan a los fideicomisos como activos subyacentes de los títulos de participación. Como es práctica común la titularización de cartera funciona de la siguiente manera: Una institución financiera entrega cartera de crédito a un fideicomiso (de cartera), el cual emite un certificado de inversión que a través de un fideicomiso de certificado de inversión pasando por un agente de colocación llega a los inversionistas que adquieren los certificados de inversión. La mecánica financiera de las operaciones puede variar, pero todo ello deberá estar claramente identificado en el prospecto relativo a la oferta pública de los títulos. La operación descrita es regulada conforme a las "Normas Relativas a la Oferta Pública de Píttulos de Participación", dictadas por la Comisión Nacional de Valores y publicadas en la Gaceta Oficial N° 35.363 del 17 de diciembre de 1993.

La normativa prevista en la nueva Ley de Política Habitacional, le otorga la viabilidad a la titularización de los créditos hipotecarios otorgados de conformidad con la Ley. No obstante, el tratamiento señalado se aplicaría a los créditos hipotecarios otorgados fuera de la Ley de Política Habitacional, en los cuales las cédulas o títulos hipotecarios tienen una mayor ventaja operativa que las participaciones, las cuales requerirían de un registro que encarecería la operación.

En realidad debe quedar claro que mientras la institución financiera cuando emite cédulas conserva el activo financiero conjuntamente con su garantía hipotecaria al pago que debe hacerse al inversor; en la participación el instituto financiero aporta o el crédito o una parte de las cuotas del mismo al fideicomiso respectivo, con lo cual el mismo sale del balance de la institución financiera. Por el contrario en la cédula el crédito hipotecario permanece en el balance de la institución conjuntamente con su garantía, queda cubriendo las cédulas emitidas por la entidad.

En resumen podríamos señalar que la nueva Ley de Política Habitacional establece la posibilidad de emitir certificados de participación que tendrán las siguientes características:

Los recursos obtenidos de la titularización deben ser destinados al otorgamiento de créditos hipotecarios de conformidad con la Ley de Política Habitacional. Lo mismo sucede con las cédulas emitidas de conformidad con esta Ley a diferencia de las emitidas (recursos del Banco y no del ahorro habitacional) emitidas de conformidad con la Ley General de Bancos.

Pudiera, en cuanto a la cédula, subsistir la duda relativa al antiguo programa de Política Habitacional III que en la nueva ley se conoce como “recursos de otras fuentes” (Art. 35 y siguientes). En cuanto a este tipo de crédito que fueron otorgados con recursos de la captación ordinaria de la Banca y no de ahorro habitacional, pero si con las garantías de la Ley, pareciera que no debería haber limitación (en cuanto al uso de los recursos) a que las cédulas y las participaciones que se emitan usando como activo subyacente a este cartera pudieran ser utilizados para otorgar otro tipo de crédito. Pareciera que en este caso tenemos un régimen dual, ya que si la operación se hace de acuerdo a la Ley de Bancos no hay limitación, pero si habría si se hace de acuerdo a la Ley de Política Habitacional que exige un destino particular a los recursos captados.

En segundo lugar es importante volver a resaltar que la titularización no requerirá de protocolización, lo cual facilita el aporte de los bienes inmuebles al fideicomiso respectivo.

Adicionalmente, el art. 41 de la Ley de Política Habitacional requiere la certificación de Auditores externos sobre el saldo de la cartera hipotecaria que servirá a la emisión de cédulas o a la titularización. En caso de esta última la Comisión Nacional de Valores exige el dictamen de una sociedad calificadoradora de riesgo, el cual pareciera un requisito vigente aún y cuando no lo menciona la Ley.

El art. 43 establece que las instituciones financieras deberán informar al Consejo Nacional de la Vivienda y a las Superintendencias de Bancos y del Subsistema de Vivienda acerca de la emisión de cédulas y participaciones con indicación de los montos a emitir; costos de la emisión; características de los títulos; destinos de los recursos y cualquier otro requisito que se exija. A la intervención de la Superintendencia de Bancos (en el caso de la cédula) y de la Comisión Nacional de Valores (participaciones o titularizaciones) se suma en la nueva Ley el control de CONAVI y la Superintendencia de la Vivienda, la cual para el momento de este trabajo no estaba creada.

El aparte final del art. 43 de la Ley obliga a colocar los recursos, en un plazo no mayor de cinco (5) días contados a partir de su recepción, en el Fondo del Ahorro Habitacional. El objetivo de la norma es asegurar que los recursos sean reinvertidos en los mismos programas señalados por la Ley. Queda la duda con los “recursos de otras fuentes”, a los cuales no pareciera lógico aplicarles esta limitación.

Si bien los beneficios de la nueva Ley no pueden limitarse a lo señalado en el presente trabajo. Recordemos que la misma establece algunas novedades como: Subsidio directo a la adquisición de viviendas y no a las tasas de interés; generalización del sistema de cuotas de crédito ajustadas al salario, creación de nuevas instituciones, etc. Pareciera que la creación de nuevos instrumentos de captación de recursos podría generar en el mediano plazo un mercado de títulos hipotecarios interesante. Como todo las mejores regulaciones esperan la conformación de los mercados para poder tener plena vigencia.

Anotaciones sobre el juicio ejecutivo de rendición de cuentas* **(Primera Parte)**

Alberto Baumeister Toledo.**

Sumario

(Primera Parte) Introducción: i - Ámbito de aplicación del proceso de rendición de cuentas y mecanismos adjetivos para proteger ese derecho deber: 1-1-El derecho a pedir las y la obligación de rendir las cuentas. 1-2- Relaciones jurídicas “tipo” de las cuales nace la obligación de rendir cuentas. ii - Naturaleza del proceso ejecutivo de rendición de cuentas.

INTRODUCCIÓN

El tema que nos hemos propuesto analizar en esta ocasión no tiene las pretensiones de un estudio exhaustivo sobre el ámbito general de la rendición de cuentas, sino una simple conducción a los interesados

* Versión ampliada de la Conferencia dictada en las Primeras Jornadas de Derecho Procesal Civil, José R. Urraca. Puerto La Cruz, 23 de Octubre de 1998.

** Profesor de Postgrado de la UCAB en Derecho Procesal Civil y Derecho Mercantil, Miembro del Instituto Latinoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal, Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguro (Avedese-Aida).

para revisar algunos de los problemas que se presentan con ocasión a uno de los procedimientos que contempla nuestro ordenamiento para exigir la rendición de cuentas y al análisis de las particularidades más resaltantes en concreto de nuestro Juicio de Cuentas, en su versión como procedimiento ejecutivo especial, también conocido como juicio ejecutivo o procedimiento ejecutivo de cuentas o procedimiento ejecutivo y juicio ejecutivo de rendición de cuentas.

No entraré a profundizar en los aspectos sustantivos del objeto de la pretensión sino en lo que resulte estrictamente indispensable, ni dirigiré la atención de Uds. a la segunda etapa de ese procedimiento especial, en tanto que, como todos lo sabemos, ella se desarrolla bajo los principios que regulan el juicio ordinario, y con la sola particularidad de los problemas que atañen a la naturaleza de las “observaciones a las cuentas” y a la especial prueba de experticia a que alude la Ley para resolver esas diferencias.

I. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL PROCESO DE RENDICIÓN DE CUENTAS Y MECANISMOS ADJETIVOS PARA PROTEGER ESE DERECHO DEBER

1.1. *El derecho a pedir las cuentas y la obligación de rendir las cuentas*

Comenzaremos por destacar que el término “Cuentas” tiene el significado general de cálculo o cálculos y su representación en forma escrita en la cual tales cálculos o sus resultados son transcritos; cuando se refiere a “cuentas de una administración”, se alude a representaciones gráficas (estados) en los que figuran específicamente los cálculos exactos que representan los resultados de esa gestión¹.

Aún cuando parezca contradictorio con lo que terminamos de expresar en el párrafo precedente, estimo imprescindible entrar a analizar de inmediato un aspecto más sustantivo que procesal, como es el enunciado en el título que encabeza esta sección, pero que está

1 En Enciclopedia Legale, voz “Conto” y en igual sentido Mancini, Pisanelli, Sialoja, Comentario del Codice di Procedura civile per gli Stati Sardi, citados en Il Digesto Italiano, Vol. XX, Prima Parte, voz Rendimento di Conti, ps. 1134 ss, Edit. Unione Tipograf. Torinese, Italia, 1925.

íntimamente vinculado a la naturaleza de este procedimiento especial, nomenclatura con la cual igualmente identificaré en lo adelante al PROCEDIMIENTO EJECUTIVO DE RENDICIÓN DE CUENTAS, omitiendo utilizar la denominación JUICIO,² para no chocar con una considerable parte de la doctrina que en tal aspecto considera se encuentra otro de los elementos característicos de este peculiar procedimiento³. Pero sobre tal aspecto volveremos más adelante.

Insistiendo ahora en lo que resulta el tema central de este primer aspecto que analizamos, esto es, lo que resulta ser el objeto mediato central de dicho procedimiento especial, comenzaremos por indicar que el derecho a recibir cuentas y su deber correlativo de presentar dichas cuentas, deviene de fuentes diversas: unas, contractuales, otras cuasi contractuales (gestión de negocios) y finalmente, otras, de un imperativo legal impuesto con ocasión del desempeño o ejercicio de una determinada actividad o función, y los cuales derechos y obligaciones, independientemente de la fuente que los impone y declara, se caracterizan por la particularidad que supone el que en todas ellas se hace entrega de bienes con un fin específico, lo que a su vez entraña el que uno de los sujetos de la relación viene vinculado a dichos bienes de modo especial (y eso es también sustento de las anteriores relaciones de la que deviene), por lo cual la ley le impone el deber de presentar un resultado de esa gestión y la obligación eventual de restituir parte o todos esos bienes o el saldo de ellos.

2 Quienes así opinan, estiman que el término "juicio" debe reservarse para los procedimientos ordinarios de "cognición", pues en ellos ciertamente desde su inicio, los sujetos intervinientes debaten claramente sus derechos en igualdad de condiciones, a diferencia de lo que ocurre en los llamados procedimientos "ejecutivos".

3 Destaca en tal sentido, LINO ENRIQUE PALACIO, Derecho Procesal Civil, Tomo VII, p. 334, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, Primera Reimpresión, 1983 : "Esta modalidad de juicios que en Derecho Argentino tuvieron su origen en la Legislación Española, se trata de un proceso mixto de ejecución y de conocimiento limitado". Advierte el mismo autor en la nota 1 de esa misma página que Gómez de la Serna y Montalban (Tratado Académico Forense de los procedimientos judiciales, Madrid, 1886, T. II p. 337) objetan la denominación de juicio ejecutivo, más bien reservada para las contiendas entre partes, en que por medio de una discusión lata y solemne recae la declaración de un derecho controvertido, no siendo por tanto exacta su aplicación cuando se supone incontrovertible la existencia del derecho y solo se trata ya de llevar a debido efecto el cumplimiento de la obligación." Objetan los mismo autores sin embargo, que " basta exista contradicción

Precisa observar como bien lo apuntó fallo de la Corte Suprema de Justicia Colombiana ⁴ que “La obligación de rendir cuentas la establece la ley civil respecto de aquellas personas que sin tener ánimo de dueños administran bienes ajenos, bien por convención, como acontece respecto del mandatario; bien por cuasi contrato, como en la agencia oficiosa (sic gestión de negocios); bien por disposición de la ley, como en lo que respecta a los guardadores y a los ejecutores testamentarios (sic albaceas) pero la ley no impone la obligación a quien ha usufructuado una cosa por su cuenta creyéndose dueño de ella” ⁵ .

Con esa misma fundamentación, podemos recomendar como concepto sobre la Rendición de Cuentas, entre otras, el que nos aporta Palacio⁶, “Denomínase rendición de cuentas, en general, a la obligación que contrae quien ha realizado actos de administración o de gestión por cuenta o en interés de un tercero y en cuya virtud debe suministrar a éste un detalle circunstanciado y documentado acerca de las operaciones

a una demanda y oposición a una ejecución sobre la cual deba oírse a las partes para que el nombre de juicio dado al ejecutivo no sea ya tan extraño a este procedimiento” . Hacemos la precedente advertencia con el ánimo de que se la tenga presente al analizar los doctrinantes extranjeros, pero no por ello compartimos dicha postura, en tanto consideramos que, aún en los juicios ejecutivos propiamente dichos, en los que no quede lugar a dudas de esa naturaleza especial del proceso, por la especialidad con la cual se tramitan, no por ello dejan de ser tales juicios, ni tampoco puede considerarse propiamente no existan partes contradictorias en dichos procedimientos.

4 Francisco Morales Casas, La Rendición de Cuentas, Edit Temis, Colombia, 1984, p.14, S. Dic. 1923.

5 En ese mismo sentido nuestra Casación en Sentencia (Sent) del 30 de enero de 1914 (Memoria 1915, p. 134 citada por A Valdivieso Montaña, Obras Jurídicas Completas, Tomo I. Tipografía T.C.P., Caracas, Venezuela, 1962) se expresó: “El juicio de cuentas tiene por objeto en primer lugar obligar al administrador o encargado de intereses ajenos a presentar las cuentas de su administración y, luego de presentadas, proceder a su examen y al debate judicial hasta sentencia”. Debe igualmente observarse, que, en efecto, si el pretendido obligado a rendirlas ha ejecutado los negocios como propios, ello será inclusive una defensa en el procedimiento especial de cuentas, que necesariamente deberá invocar, pues de lo contrario precisamente se deducirá que abandona su postura, al reconocer debe rendir cuenta de gestiones sobre bienes que él dice le pertenecerían de manera exclusiva, excluyendo aquél deber.

6 Cfr. Lino Enrique Palacio, Tomo VI, p 256. Como lo veremos más adelante ese concepto viene repitiéndose desde el origen más remoto de las normas que contemplan los procedimientos de rendición de cuentas.

realizadas, estableciendo, eventualmente, el saldo deudor o acreedor resultante en contra o a favor del administrador o gestor”.

Del anterior concepto caben hacerse las siguientes precisiones:

- a. No necesariamente tiene que tratarse de negocios ajenos o de un tercero, pues, por ejemplo, modernamente cada vez más se entiende que en el comercio, la obligación de rendir cuentas en las operaciones de esa índole, es una obligación profesional típica de la actividad, diferente inclusive de la que deriva del mandato o la gestión de negocios⁷.
- b. Nada obsta para que por igual se entienda existe esa especial obligación aún tratándose de negocios donde existan intereses propios del gestor o administrador.
- c. Se entiende que en todos esos casos el sujeto obligado a las cuentas, debe haber desplegado una conducta diligente en el cuidado y manejo de los bienes y haberes que se le tienen confiados, su destino, manejo de sus frutos civiles o naturales, y la debida imputación que se haya hecho de los mismos.
- d. Lo común y genérico en todos los supuestos resultará ser que en cabeza del sujeto activo de la obligación está latente el derecho a recibir detalle de cómo, cuándo y para qué se usaron y destinaron los mismos, y el derecho a recibir el saldo de aquellos si lo hubiere y del deber del sujeto pasivo de llevar un control razonable de las actividades cumplidas con los mismos, su destino, monto y el devolver o reintegrar los que eventualmente quede al final de la ejecución de la actividad o negocio realizado.

Es de observar también que para que surja esa obligación de rendir cuentas, debe tratarse necesariamente de que con ocasión al ejercicio de las actividades convenidas o reguladas por la Ley, en efecto se hayan entregado o recibido bienes (dineros u objetos) con y para un destino específico. La simple asunción de obligaciones de hacer, no bastan, pura y simplemente, para considerar ha nacido la otra obligación “dependiente” de rendir cuentas del negocio, pues no necesariamente comportan recibir bienes, dinero u otras especies, destinarlas a un determinado fin, y devolver al co-contratante los saldos eventuales.

7 Palacio, *opus cit.* p. 256, nota b.

Ello independientemente de que la omisión o indebida ejecución de aquellas pueden dar lugar al cumplimiento o incumplimiento de un contrato, cuasicontrato, o las responsabilidades derivadas de una imposición legal, y que a la larga pueden dar lugar a una obligación de resarcir daños, pero sin que en modo alguno comporte ese específico deber de dar detalle sobre como, cuando y cuales resultados se obtuvieron en la realización de esas conductas, que son atinentes e inherentes a la sola responsabilidad de cada una de las partes y sin que venga obligada a dar razón de ellas a su contra parte.

- e. Por lo demás, debe también advertirse que en sí, tal derecho y deber, da lugar al nacimiento de obligaciones *dependientes que no accesorias* de otras principales, cuya vida y acontecer son totalmente autónomas de las segundas, que entonces devienen derivada de aquella y las que por ello, en decir de la doctrina, subsisten independientemente unas de otras y de allí que se sostenga no son simplemente “accesorias”⁸.
- f. Como lo destaca Morales Casas, debe quedar claro que “la rendición de cuentas no nace por virtud de un contrato típico de rendición de cuentas, que no existe, sino como una obligación propia derivada de algún contrato, como el de mandato, o de fiducia, u otro”⁹.

La titularidad para exigir cuentas, continúa el mentado autor, nace dentro de un conjunto de obligaciones típicas, y no como una obligación aislada. Esto es, se es titular del derecho de exigir cuentas no aisladamente, sino sólo en la medida en que existan otras obligaciones (ordinariamente de hacer)¹⁰.

Tampoco puede sostenerse que tienen origen directo en el cuasi contrato de la cual devienen o del imperativo legal que las impone. En todos los casos, la verdad es que ellas son consecuencia de que el obligado haya realizado la administración de determinados bienes, ello es

8 Ese por lo demás parece ser el sentido que ha dado Casación a ese género de relaciones derivadas de la administración de negocios ajenos, cuando se lo vincula a otras derivadas de contratos coetáneos o nó. Vid S. 12-2-70 Casación Civil, Sala Accidental, en Gaceta Forense (GF) N- 67, p. 349 , citada por Juana Martínez Ledezma, Código de Procedimiento Civil, Arts. 446-802, Imprenta Universitaria UCV, 1983, p. 363.

9 Morales, *opus cit.* p.17

10 Cfr. Morales, p. 18

verdaderamente su causa eficiente. Esa tarea en sí misma es un fenómeno jurídico, el cual genera objetivamente la obligación de rendir cuentas.

Lo dicho tiene particular relevancia si se piensa que por ejemplo, celebrado un contrato de administración delegada para una construcción determinada, entregado como fuere con ocasión de ello sumas de dinero destinadas a adquirir materiales para la obra y para la ejecución de los trabajos que aquella supone, si se declarare la nulidad del citado contrato principal, por igual el sujeto obligado (administrador), deberá, no obstante, entregar o bien el monto íntegro de lo recibido, o sus saldos, con detalle de cómo, cuándo y para qué destinó lo percibido ¹¹.

La protección adjetiva prevista por la Ley en garantía del cumplimiento de ese derecho y la carga del deber que comporta, como en cualquier otro caso, la encontrará el sujeto de la relación sustancial en la variada gama de garantías jurisdiccionales contempladas en el ordenamiento que le garantizan la exigibilidad de su derecho a pedir el cumplimiento del contrato, a que se declare con fuerza de verdad, a falta de otro mecanismo, la existencia o inexistencia de una prestación o derecho derivado de esa relación, y a la condena del pago eventual de sumas adeudadas con relación a dicho convenio.

Siendo, como puede serlo una de ellas, por razón de las prestaciones a que se obligaron las partes, la indicada “dependiente” de rendir la cuenta del destino de bienes o dinero entregado con ocasión de aquel acuerdo de voluntades, el acreedor de la obligación a recibir el informe del manejo de esos bienes, tendrá derecho de accionar ante el órgano jurisdiccional para garantía de ese débito, por varias vías que fija la Ley, una de las cuales, obviamente lo será, la vía ordinaria ante el órgano jurisdiccional, como en cualquier otro supuesto en el que se discuta la ejecución no voluntaria de una obligación.

Pero en adición a esa vía procesal ordinaria, también el ordenamiento admite en ciertos casos el que pueda exigírsela por modo incidental, en cuyo caso quedará garantizado el deber de cumplimiento de esa obligación especial, sin que deba iniciarse separadamente el juicio ordinario, tal como ocurre en los casos en que el Depositario Judicial viene obligado a hacerlo, dentro del decurso de otro juicio y con ocasión

11 Morales, *opus cit.* p.19

de la que él rinda voluntariamente, le sea solicitada por la parte que dio lugar a la medida cautelar o ejecutiva, o finalmente le requiera el Juez, como rector del proceso y responsable de la actividad de dicho auxiliar de justicia ¹².

En el caso del Depositario Judicial, la Ley especial¹³ regula dicho procedimiento como una incidencia con particularidades muy especiales que a su vez se apartan tanto del juicio ordinario como de otros supuestos en que la Ley consagra la protección adjetiva del derecho - deber a pedir y dar las cuentas.

Resumidamente, la citada normativa contempla que la pretensión se inicia con la simple cuenta que presenta el obligado a rendirlas y la petición de que se la imponga al deudor del pago de los emolumentos y gastos del depósito, para lo cual se fija además una especie de término de caducidad que se cuenta a partir de haber terminado su gestión como depositario, y a fin de que quien venga obligado a pagarlas, la objete o no en el término de diez días y en el entendido de que si no fuere objetada dentro de él, la misma quedará firme y con fuerza de sentencia ejecutoriada.

Si por el contrario la cuenta se objetare, se abrirá una incidencia probatoria de ocho días en el juicio ordinario y de cuatro si el proceso en la cual se insertare fuere breve, debiendo resolverse la incidencia en única instancia, pero pudiendo cualquiera de las partes pedir que la sentencia sea pronunciada con Asociados.

Como se advierte, este extraño procedimiento incidental pareciera gozar de las características de los procesos ejecutivos, pero como se lo observa, por una parte, no se exige la preexistencia del título típico que de costumbre suele ser exigido por la Ley en estos casos, esto es el

12 En doctrina nacional y extranjera se admite por igual dicho proceso incidental de cuentas, si bien se lo refiere a supuestos que dan lugar a la misma diferentes al que es objeto de comentarios. Vid. Palacio, opus cit. p. 276 y dentro de los autores patrios, así lo acepta Arminio Borjas, Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano, Tomo VI, p.41, Editorial Biblioamericana, Argentina, 1947.

Finalmente debemos destacar que es esta también una posición que encuentra respaldo jurisprudencial en decisiones de nuestra CSJ, cual es el caso de la Sent. fechada el 21-11-96 transcrita en Henríquez La Roche, Código de Procedimiento Civil, tomo V, Edit. Centro de estudios jurídicos del Zulia, Caracas, 1998, p. 205.

13 Ley de Depósito Judicial, GO. 28213 del 16-12-1966, arts.13 ss

llamado “título ejecutivo” (vid infra), y de otra parte, en adición, de no quedar contradicha la cuenta así presentada, tal pedimento sirve de “sentencia declarativa de certeza y condena”, esto es, lo que adquiere tales caracteres no es una providencia o auto del Tribunal que ordena darle trámite al procedimiento incidental o que reconozca como ciertos los términos de dicha cuenta, sino “la cuenta misma presentada por el depositario”, lo que ciertamente es un verdadero caso extraño en nuestra normativa vigente, y del cual francamente solo hemos encontrado similitud en el llamado proceso sumarísimo especial de “cuenta jurada” regulado por la Ley procesal española y al cual nos referiremos más adelante.

La única razón que podemos dar para sustentar tan extraña concepción de ese proceso, lo es que los gastos y emolumentos del depositario, vienen a su vez regulados en la Ley, y por tanto asumimos que el Legislador debió presumir que los reclamados, al no ser objetados se conforman con los del ordenamiento, y de allí que simplemente se los declare líquidos, exigibles e indiscutidos.

Pensamos que salvo el indicado caso no existen en nuestro ordenamiento otros similares en que la cuenta pueda ser presentada y/o exigida incidentalmente, pues si bien en materia de tutela¹⁴ se establece la obligación de rendirlas y se alude a que el Tutor viene obligado a dar cuentas de su gestión y en tanto el procedimiento en tal caso permanece en el tiempo abierto, nada lleva a concebir que aquellas deban presentarse incidentalmente, sino por el contrario a que se las exija o se las rinda conforme a las reglas generales a que venimos haciendo referencia en este capítulo. Por supuesto que el Cpc nada estatuye tampoco al respecto dentro de los procedimientos especiales de familia en el caso de la tutela (Arts. 726 ss)¹⁵.

14 Art.- 376 ss Código Civil , GO 2990 Ext. del 26-7-82 (en lo sucesivo Cc)

15 El Código de Procedimiento Civil (Cpc) derogado (1916), Art. 585, contemplaba igualmente que con ocasión al juicio de partición, si las partes del mismo objetaren las cuentas del administrador o depositario, se procederá al juicio de cuentas conforme a lo prevenido en el Título de la materia, suspendiéndose entre tanto la partición; o se procederá a ésta al mismo tiempo si así lo resolviere la mayoría de los herederos... *omisis*, deduciéndose por tanto de dicha disposición que tampoco esa rendición de cuentas era incidental, sino que debía tramitarse bien por juicio ordinario, si no se contaba con prueba que demostrare de modo auténtico la obligación de rendir dichas cuentas, los negocios que comprendía y el tiempo en por el cual debía rendírselas, o por el Procedimiento Ejecutivo de cuentas, regulado ahora entre los procedimientos (llamados por el Código de Procedimiento Civil .

En otras ocasiones así mismo podremos observar que quien puede pedir en acción de declaración de condena, por vía principal y ante la ausencia de una norma sustantiva que regule el supuesto, lo será quien por Ley, contrato o cuasicontrato, venga obligado a rendirlas, para que “le sea recibida y aprobada la cuenta que él viene obligado a presentar”¹⁶.

En tales supuestos, a falta de regulación expresa de dicha situación, obviamente, la acción deberá tramitarse y sustanciarse por las vías del juicio ordinario, con todas las garantías del contradictorio para las partes, sin que por ello deba ser una pretensión de mera certeza, pues puede conllevar por igual petición de resarcimientos, con lo cual la misma perfectamente puede catalogarse por igual como pretensión de condena.

Finalmente, el ordenamiento adjetivo regula otra forma más para exigir el cumplimiento del deber de rendir cuenta, y para el cual establece determinados requisitos, nos referimos ahora al propiamente dicho “Procedimiento ejecutivo de rendición de cuentas” o como lo denomina el Legislador, JUICIO DE CUENTAS, contemplado en los artículos 673 al 689 del Libro Cuarto, De los procedimientos especiales, Parte Primera, Título II, correspondiente a los Juicios Ejecutivos, Capítulo VI del Código de Procedimiento Civil vigente¹⁷.

En este caso, el presupuesto básico para su procedencia es que el demandante acredite de un “modo auténtico” la obligación que tiene el demandado de rendir las cuentas que se le reclaman, así como el período y el negocio o negocios determinados que deben comprender, —supuestos estos todos que deben constar del modo auténtico que exige la Ley— de tal manera que el Juez a la vista de esa prueba calificada pueda

“juicios) ejecutivos dentro del Libro Cuarto de dicho Código, en los cuales se regulan aquellos y todos los demás no ordinarios, bajo la denominación de “Procedimientos especiales contenciosos”.. Dicha disposición fue eliminada con la reforma del CPC de 1987. (Código de Procedimiento Civil vigente (en lo sucesivo Cpc), GO 3694 Ext. del 22 de enero de 1986 al cual se hicieron insignificantes reformas en el hoy vigente, GO 4196 Ext. del 2 de agosto de 1990.

16 En legislaciones foráneas, como es el caso de Argentina, se contempla en norma expresa tal derecho, Art. 657 Código Procesal de la Nación. *Vid.* Palacio, *opus cit.* p. 278, procedimiento que se denomina “Demanda por aprobación de cuentas”. Borjas, *opus cit.* p. 41, por igual admite la posibilidad de dicha acción, sin cita de fuente legal.

17 Cpc 1987

deducir presuntivamente y de modo cierto que existe la obligación de rendir las cuentas, de que se ejerció la actividad, de que se lo hizo durante un determinado período y de que se lo cumplió en relación o uno o más negocios determinados, tal como lo invoca el actor en su petición o libelo.

Como puede observarse, para la admisibilidad por ésta vía, no basta demostrar de modo auténtico que existe el supuesto genérico para rendir la cuenta, derivado de la existencia de un contrato o relación jurídica de la que deviene ese deber de administrar bienes, o de que determinada norma jurídica así lo contempla, sino de que efectivamente se lo realizó así (esto es que efectivamente recibió bienes, dinero o especies para aplicarlos a un determinado fin (el negocio o negocios para lo cual era ello pertinente) y que se lo hizo en una determinada época y para uno o más negocios determinados, o bien que se encuentra en un supuesto legal que le impone esa obligación, y en adición a que efectivamente lo ejecutó en un tiempo dado y con ocasión de determinadas operaciones.

Como resulta evidente del texto actual del artículo 673 que venimos glosando, la prueba que se consigne no será suficiente, si de ella solo aparece en menor o mayor grado evidencia que cree cierta convicción suficiente al Juez sobre la existencia del derecho deber de rendir la cuenta, sino por igual debe extenderse y comprender elementos que permitan deducir que efectivamente tal sujeto ha ejercido la actividad de administración de los bienes que se le confiaron y que ello ocurrió durante un cierto período definido de tiempo, y que en realidad realizó el o los negocios para los cuales se contemplaba la entrega de esos bienes, o el recibo de los mismos ¹⁸.

18 Es de observar que en la reforma se añadió al texto anterior de la norma, "... el o los negocios en los cuales intervino el obligado a rendir las cuentas" y se mantuvo como requisito de procedencia de dicho procedimiento que el demandante acreditare de modo "auténtico la obligación y el tiempo en el cual se ejerció efectivamente la gestión. Nuestra jurisprudencia no es muy clara respecto a que debe entenderse por "auténtico" y ha sido vacilante al respecto, sin embargo hoy, puede decirse que la tesis dominante es la de reputar tal una prueba escrita otorgada ante un funcionario público, que le confiera a la misma fecha cierta y paternidad indubitable. Sobre el concepto de auténtico, en su problemática procesal remitimos a los enjundiosos estudios de los profesores Brewer Carías, Rengel Romberg y Cabrera Romero. En adición, la redacción de la norma no es precisamente la más feliz ni técnicamente redactada en lo que atañe a que la acreditación auténtica debe abarcar no solo la obligación de la rendición de cuentas (el contrato: mandato, cuentas en participación,

Efectivamente no basta solo que se haya pactado o convenido el que se entregarían los bienes, especies o dinero para aplicarlos a una determinada actividad o negocio, sino que efectivamente se lo haya hecho y que en tal virtud el obligado los dispuso y manejo con el propósito de destinarlos para el supuesto fin convenido o a los objetos contemplados en la norma concreta para la cual se ordenó o dispuso esa entrega y que ello efectivamente se cumplió dentro de un interregno de tiempo, si bien no necesariamente sucesivo o ininterrumpido.

Con el establecimiento de esa especial modalidad de procedimiento, en estos casos, el ordenamiento adjetivo no es que le quita al sujeto con derecho a recibir las cuentas la acción para pedir las en vía ordinaria, sino que le facilita, en forma optativa a la vía ordinaria, mas no concurrente con ella, otro medio más expedito para lograr la presentación de las cuentas y por tanto, antes que nada quede garantizado el cumplimiento de ese débito, a través de medios ágiles, dotados de especial celeridad que conducen al mismo efecto.

Tales mecanismos procesales constituyen el procedimiento ejecutivo especial de rendición de cuentas y es en este que centraremos nuestros comentarios.

En resumen, quien tiene el derecho a que se le presenten cuentas, a falta de que le sean entregadas extrajudicialmente por quien deba hacerlo, puede lograrlo bien a través del proceso ordinario, con todas las garantías del proceso, mediante el ejercicio de una acción de condena, cuyo resultado será que el demandado, obligado a rendirlas, se le tenga por tal, y que como consecuencia de las declaraciones de certeza previas en el proceso, venga obligado eventualmente a devolver determinados bienes, o su equivalente en dinero, con cualesquiera otras peticiones accesorias: daños, intereses, costas, etc., bien por una vía incidental en

comisión, auto de órgano judicial en la que se defiera el nombramiento del obligado, y otros elementos probatorios que acrediten por igual, que en efecto se ejerció esa administración de negocios o intereses ajenos y el período o períodos en los cuales se la cumplió. Nuestra Corte Suprema ha sostenido: “no basta la simple demostración del título o carácter conferido al demandado para administrar negocios ajenos, como lo sostiene la formalización, sino que es necesario, conforme a nuestra pacífica doctrina, que se evidencie de autos la efectividad de la administración o gestión cumplida por el cuentadante dentro del lapso en que pudo ejercer las facultades pertinentes”. Corte Suprema de Justicia (CSJ) Sent. 16-6-76, Repertorio Forense 3530, pp 1 ss, cit. por Henríquez La Roche, *opus cit.* p.203.

ciertos casos contemplados en la Ley, y dentro del decurso de otro juicio, como incidencia autónoma.

Finalmente, si cuenta con los medios probatorios calificados por la Ley, que le permitan deducir al órgano judicial la existencia presuntivamente indiscutible del deber de rendir las cuentas, y los demás extremos que hemos dejado reseñados precedentemente, la normativa adjetiva pone a su disposición la vía de un proceso especial que como hemos visto la misma Ley denomina “ejecutivo”, en el cual, constatado sumariamente por el juez, con la minuciosa revisión del medio probatorio y la convicción que aquél produzca de la existencia del débito de rendir cuenta, del efectivo ejercicio de las actividades que comporta la administración o manejo de bienes o dinero, derivados de uno o más negocios determinados en un período de tiempo, sea compelido en un breve lapso, sin necesidad de que transcurra todo un período para la formación de esa convicción (el del juicio ordinario), para que se las presente, y seguidamente se abra un término especial judicial, en el cual se analicen, se acepten o se objeten, total o parcialmente, y en su caso por la vía de una experticia, se determine si están o no conformes, y con vista a ello, se concluya si existe o no la obligación de reembolsar un saldo de bienes o dinero, derivado del negocio mismo o del indebido manejo de dichos negocios, para que resulte condenado a pagar ese saldo judicialmente determinado.

Para buscar de alguna manera justificación a la especial concesión que hace el legislador a esta obligación, y para lo cual contempla esa vía “ejecutiva” para exigir su cumplimiento, podemos argüir, que se lo hace en consideración a que en sí, el deber de rendir cuenta, se sobrepone a toda incidencia misma relativa a la vida de la relación comercial o del deber legal del cual deriva, y de sus resultados (que existan o no saldos acreedores) si queda demostrado presuntivamente y con un medio de prueba calificado que él existe, que efectivamente se cumplió la labor o gestión que genera ese débito obligacional durante un cierto período y actividad, independientemente de cualquier defensa o reclamo derivado del contrato o relación legal subyacente, y por tanto debe acatarse ese débito u obligación de presentar la cuenta.

Conforme lo destaca Valdivieso Montaña¹⁹ el origen de nuestro procedimiento ejecutivo especial de rendición de cuentas, fue la normativa

19 Opus cit. p. 277 ss .

francesa de Procedimiento Civil de 1806, y la misma se repite en los Códigos Venezolanos de 1916, 1904, 1897, 1880, 1873 y la Ley VI de 1836, al igual que los artículos 657, 658 y 665 del Código del 16 derogado, que son los pilares fundamentales del ahora “procedimiento ejecutivo de cuentas” del vigente Código (artículos 673, 676 y 677, respectivamente)²⁰.

Precisa destacarse igualmente que si bien la rendición de cuentas, responde en el lenguaje común “ a entregar o presentar a otro razón de una administración ejercida, demostrando cuanto dinero o bienes fueron dispuestos o recibidos y por cual causa y con cuales fines se dispuso y recibieron dichos fondos o bienes, para una determinada actividad que el presentante de las mismas asumió realizar”, en lenguaje jurídico, en cambio, se reserva dicho término a “ la obligación de presentar y entregar los resultados de esa gestión del manejo de fondos y bienes, ante un órgano judicial competente, por parte de quien los ha administrado por cuenta de otro, a quien pertenecen o a quien fue encomendado hacerlo por cuenta de él, en una forma, clara, sencilla, pero a su vez suficiente, para discutirla con ese interesado en la entrega de la gestión de tal manera de precisar cuales han sido los resultados de esa actividad que le fuera confiada y convenirse en que dichos resultados son los que debieron haberse producido como consecuencia de la buena gestión cumplida, establecer cuantitativamente y acordarse cuales fueron los resultados y los saldos a favor o en contra por lo recibido y lo entregado, o para precisar y zanjar cualquiera desavenencias que se tengan al respecto y fijar cual ha sido su resultado”²¹.

Debe advertirse que esos conceptos de saldos, resultados a favor o en contra, constituyen en términos técnicos contables las denominadas partidas de ingresos y egresos de la actividad cumplida, y que en la rendición de cuentas siempre existirá un sujeto obligado a presentarlas y otro que se las reciba, es decir frente a frente intereses de dos partes, que en lenguaje del legislador francés original se denominan “ ayant y rendant”, términos que en ese idioma describen perfectamente a quien debe

20 Curiosamente cabe observar que el Código Italiano tomó igualmente el modelo del juicio ejecutivo de rendición de cuentas del mentado modelo francés, tal como lo destaca Lanciotto Rossi en *Il Digesto Italino*, opus cit. ps. 1134 ss.

21 Cfr. Lanciotto Rossi, p 1134.

entregarlas y quien debe recibirlas, que no tienen traducción similar ni en castellano ni en italiano a decir de Rossi ²²

Las cuentas en todo caso pueden ser entregadas amigable y extrajudicialmente, y de no existir desavenencias, hacen que se reputen debidamente presentadas y rendidas, más si existiere divergencia no susceptible de zanjarse, será entonces menester recurrir al órgano jurisdiccional, a fin de requerir que sean entregadas o “rendidas judicialmente” en la forma y términos que fija la Ley, en cuyo caso esa entrega de cuentas se la denomina propiamente “Procedimiento de rendición de cuentas”.

Destaca Rossi ²³ que dicho proceso jurisdiccional se fundamenta en un principio de derecho, indiscutido inveteradamente, de que quien ha administrado bienes pertenecientes a otro, debe responder de su gestión, fuere cual sea la cualidad bajo la cual ejecutó esa actividad, salvo que de ello se lo hubiera dispensado expresa o tácitamente.

Que por igual, es otro principio general indiscutido de Derecho, que el obligado a presentar las cuentas, como cualquier otro “obligado”, puede liberarse de su obligación, cumpliéndola regularmente.

De dichos dos principios de derecho derivan dos eventuales pretensiones (sic. acciones) una correspondiente al obligado a presentarlas y la otra a quien tiene el derecho a recibirlas. Cuando dichos intereses no se compaginan voluntariamente, la sentencia que declare las existencia de dichas pretensiones, por el solo hecho de que con fuerza de certeza judicial, declare la existencia de dichas obligaciones y derechos, no autoriza por sí sola a iniciar ejecución de una condena que se materializa en medidas ejecutivas o cautelares preparatorias de aquellas sobre bienes, ni aparejan directamente la ejecución de bienes y derechos de los entonces condenados, sino que en nuestras normas adjetivas precedentes a las actuales, como por igual en la de los sistemas que nos sirvieron de modelo a las nuestras, esa negativa a presentar las cuentas en la forma regulada por la Ley, daba lugar a que se admitiera la “razón jurada del demandante como instrumento suficiente para proceder contra el remiso (sic. demandado) por vía ejecutiva, y aún para el remate de bienes y consiguiente pago, si no se hubiere contradicho la obligación, o si

22 Opus cit misma página.

23 Opus cit.

contradichas se las hubiere declarado sin lugar tales objeciones o defensas por sentencia ejecutoriada²⁴.

1.2. Relaciones jurídicas “tipo” de las cuales nace la obligación de rendir cuentas

Precisadas así las cosas, merece la pena referirnos o catalogar aquellos casos en que la voluntad de las partes, la Ley o el cuasi contrato hacen nacer la obligación derivada de rendir cuentas, con la observación, de que ellos no son los únicos supuestos en que ella existe, pues, en efecto, puede ocurrir que con ocasión del desarrollo de otro contrato típico o atípico y por razón de esa especial gestión de administración de bienes que con relación a aquél pueda surgir, nazca también la comentada obligación.

En cuanto a la fuentes contractuales de las cuales puede derivar el deber, caben citarse entre otras: a.- los casos del contrato de sociedad en cuanto a los administradores de las mismas, con la advertencia de que algunos entienden que la legitimación activa para exigirla durante la vigencia ordinaria de la sociedad solo corresponde a la asamblea, mientras

24 Cfr. Rossi, Cap. I, # 3. Advierte el mentado autor que por ello los tratadistas antiguos y el sistema francés modelo reputaban que en tal caso el procedimiento de rendición judicial de cuentas se regulaba como una modalidad del de juicio de partición en lo relacionado con la entrega de capitales y frutos regulados para el mismo como un proceso “ejecutivo”. En cuanto a tal apreciación se refiere, continúa señalando el autor citado, es por ello que Mattiolo consideraba que era evidente error aplicarle a ese proceso especial, las normas sobre “procedimiento ejecutivo”, en tanto que tal situación lo que aparejaba era dar lugar a la razón jurada del demandante, y con base a ella, que no a la rendición de cuenta, autorizar la ejecución forzada en sí. (Trattato di diritto giudiziario civile, 5ª Edic, Vol. III, n. 884, Torino 1904) Si se examinan nuestros Cpc anteriores al vigente, encontraremos que también se daba ese tratamiento a la figura, pues en ellos, dados los supuestos contemplados en la Ley, de no haberse dado cumplimiento a la obligación de presentarlas, bastaba la “razón jurada” del actor para proceder contra el demandado en “vía ejecutiva” dando lugar al remate de bienes y consiguiente pago (artic 669 Cpc 1916, que repetía los contenidos desde 1836 y subsiguientes hasta el citado Código). Cabe observar por lo demás que ese procedimiento así regulado, tenía mayores similitudes con un verdadero proceso de ejecución anticipada, pues aparejaba realmente el inicio de ejecución, en esa etapa del juicio, y que así mismo, por ello quizá se ha sostenido que el modelo de la norma fue la Legislación procesal española “de cuentas juradas”

que en la etapa de liquidación ella legitima a los socios frente a los liquidadores de dichas personas jurídicas, independientemente de que hayan sido o no sus administradores y la de los ex - administradores, frente a los liquidadores de dichas sociedades; b- en los contratos (o sociedades especiales) de cuentas de participación mercantiles por el asociante y más propiamente al que actúa como gestor de los negocios; c- en el de mandato para el mandatario, incluyendo al factor mercantil; d- en el de corretaje de seguros para el corredor; e- en el de fideicomiso para el fiduciario; f- en el contrato de edición para el Editor que imprime y distribuye y g- en la venta por consignación de mercancías (conocido en algunas legislaciones como “contrato estimatorio”, para quien recibe los bienes en consignación).

Precisa recalcar, repetimos, que la anterior enumeración no es taxativa, y que en otros muchos contratos, típicos o atípicos, puede surgir la obligación, si de alguna manera una de sus partes asume esa función de administración de bienes vinculados al mismo (pe. en el de prenda, en el de Depósito especial <Almacenes de depósito>), etc.

Es importante destacar que uniformemente en cambio, no se admite que nace tal obligación, en los casos del contrato de cuenta corriente bancaria, regido por legislación y principios especiales.

Respecto a la fuente legal de la obligación, pueden citarse entre otros los siguientes casos: a- el del cónyuge administrador por la administración de los bienes comunes cuya administración tenga confiada; b- la de los padres por los bienes propios de sus hijos; c- el de los tutores y curadores por la administración de los bienes del pupilo; d- del albacea testamentario por los bienes que se le confiaron de la herencia; e- el administrador de bienes del ausente; f- la del curador de la herencia yacente por los bienes que de ésta se le confiaron; g- los administradores especiales de la herencias, los depositarios judiciales, los administradores ad hoc en el caso de medidas innominadas, la de los Síndicos en las quiebras etc.

Finalmente, con origen en el cuasi contrato, se mencionan igualmente como fuentes del derecho deber de entregar y recibir cuentas, entre otros los casos: a- del gestor de negocios; b- el de los administradores de la sociedad de hecho o de la irregular; c- la de los comuneros que gestionan la administración de la cosa común, etc.

Precisa también observar, que salvo los casos en que la obligación tiene origen legal²⁵, es perfectamente posible que voluntariamente se dispense de la obligación de rendir cuenta al cuenta dante por el cuenta habiente, admitiéndose que dicha renuncia pueda ser inclusive tácita²⁶.

Por último cabe advertir, que existirán casos en los cuales la gestión administrativa de los bienes o haberes esté confiada por la Ley o el contrato, o inclusive de hecho a más de una persona, supuestos en los que obviamente, vienen obligados a cuenta, solidariamente, a los que así deben hacerlo y que efectivamente la hayan ejercido, produciéndose los efectos de un litisconsorcio.

No parece en cambio tener sentido pensar en la posibilidad de que se la exijan mutuamente quienes ejercieron una co-administración conjunta²⁷.

Todo lo anteriormente expresado reviste particular importancia en tanto, que de ello deviene la cualidad pasiva o activa para intentar o soportar los efectos de los correspondientes procesos de rendición de cuentas, debiendo por último resaltar que por igual en veces resultará inocuo que el derecho habiente a la cuenta no resulte ser o estar colocado en la posición sustancial de titular de la propiedad de los bienes o haberes entregados en administración, pues puede serlo, con derecho a pedir las cuentas un tercero, que por cuenta de otro detenta tales bienes²⁸.

25 Salvo el caso del curador de bienes designado en testamento para un menor o entredicho ex art. 311 del Código Civil, (Cc) GO. Ext. 2990 del 26-7-82.

26 Palacio, *opus cit.* p. 258. Respecto a la renuncia, la doctrina entiende que en tal caso debe entenderse se trata de una liberalidad y por tanto deberá atenerse en tales supuestos a determinar si el renunciante tiene o no la capacidad para hacer liberalidades y si el cuentadante tiene la propia para recibir aquellas. Cf. Palacio misma página

27 Tuvimos a nuestro cargo un caso judicial ante el Juzgado de Primera Instancia Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Guárico, con sede en Valle La Pascua, (Grain Trade vs. Sumaca, 1997) en el cual esgrimimos como defensa en proceso que por rendición de cuentas se incoara con fundamento a un titulado "contrato de cuentas en participación", una de cuyas cláusulas expresamente contemplaba que la administración de los negocios sería ejercida conjuntamente por un representante de cada una de las partes, la aludida improcedencia de dicho procedimiento. Lamentablemente el procedimiento concluyó por acuerdo entre las partes, sin dar lugar al pronunciamiento del órgano judicial.

28 Borjas, *opus cit.* p. 40.

II. NATURALEZA DEL PROCESO EJECUTIVO DE RENDICIÓN DE CUENTAS.

Ese procedimiento ejecutivo de rendición de cuentas, contemplado como se dijo en nuestro Código de Procedimiento Civil vigente en los artículos del 673 al 689²⁹, como un procedimiento Contencioso, y como uno de los “Juicios Ejecutivos” regulado por dicha normativa adjetiva, resulta ser de vieja data en nuestra normativa procesal, el que, en el devenir de las diversas modificaciones que ha sufrido nuestro Código, desde que se lo contempló por primera vez en nuestro ordenamiento hasta nuestros días, más o menos ha permanecido idéntico en sus elementos característicos esenciales, con solo algunas modificaciones, pero que ahora se lo ha ubicado dentro del Cpc, en un capítulo y sección diferentes, de manera diferente a como se lo hacía antes y el que, en las legislaciones extranjeras que contemplan una modalidad similar, por igual observamos esa diferente ubicación dentro de la normativa procesal, y efectos diferentes que permiten diferenciarlo de esos otros modelos y de todo lo cual deriva una polémica en cuanto su verdadera naturaleza.

En cualquier caso, aparentemente tiene sus orígenes más antiguos, según algunos, en el procedimiento romano de la “reditio rationum”³⁰.

Lo cierto resulta ser que cada sistema tiene una particular forma de ubicar dicho procedimiento dentro de su normativa adjetiva, que obliga a examinar detenidamente cada prototipo en concreto para poder explicarse la diversidad de opiniones que existen en torno a la materia.

Debido a esas particularidades en su ubicación y en su trámite, hemos encontrado en doctrina extranjera que no existe uniformidad entre los autores, respecto a si tal procedimiento resulta realmente un “procedimiento ejecutivo”, si es más bien un proceso de cognición abreviada, o si se trata de un híbrido que goza de algunas características de ambas modalidades, esto es un procedimiento “mixto” y con la advertencia adicional que el regulado en nuestra Ley adjetiva, tiene a su vez particularidades que lo diferencian del que contemplan dichas legislaciones aun cuando puedan tener nombres parecidos o que produzcan efectos similares al de nuestro ordenamiento.

29 Código de Procedimiento Civil citado.

30 Gabriella Rampazzi Gonnet, *Il Giudizio Civile di Rendiconto*, Edit. Giuffrè, Italia, 1991, p. 10.

En tal sentido, Palacio ³¹, al referirse al denominado proceso de “Cuentas aprobadas o reconocidas” de la legislación Argentina, que lo ubica entre sus procedimientos ejecutivos, advierte que el mismo es uno de los supuestos en que el título ejecutivo debe integrarse mediante el cumplimiento de una diligencia preparatoria que consiste en la citación del presunto deudor a fin de que manifieste conformidad o disconformidad con la cuenta presentada por el ejecutante, bajo apercibimiento de que de no ser esta aprobada, de incomparecencia injustificada o de falta de una contestación categórica se ordenará ejecución. Producida cualquiera una de estas contingencias, o reconocido expresamente el saldo deudor, el juez debe fijar plazo para su pago. Si el demandado por el contrario desconoce expresamente la cuenta presentada, no procede la vía ejecutiva y éste debe hacer valer sus derechos en el proceso ordinario, sumario o sumarísimo, según corresponda.

Este es el proceso aplicable a las cuentas simples y a la cuenta corriente mercantil.

Ahora bien, tal procedimiento, no es propiamente, según el mentado autor una verdadera pretensión “ejecutiva”, que consiste fundamentalmente, en modificar una situación de hecho existente en forma de adecuarla a una situación jurídica resultante, sea de una sentencia condenatoria, sea de un documento que, en razón de su contenido, goza de una presunción favorable con respecto a la legitimidad del derecho del acreedor³².

En la legislación española, el procedimiento que podemos asimilar al que es objeto de nuestro examen, resulta ser el llamado de “cuenta jurada” o el de los que se conocen y regulan por igual en dicho sistema como procedimientos de “apremio en negocios de comercio” (entre otros los correspondientes a las reclamaciones que pueden derivar de la cuenta corriente mercantil).

A los primeros mencionados, Jaime Guasp³³, considera se tratan de verdaderos procesos de ejecución, y en lo que toca al contenido del

31 Opus cit., T VII, p.355 ss.

32 Cfr. p.221.

33 Derecho Procesal Civil, , Tomo II, p.130, Tercera edición corregida, Edit. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España, 1968 y Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, tomo I, Edit Aguilar, Madrid, 1948 ps. 146 y 147comentarios.

precepto que los regula, los califica como un verdadero proceso en miniatura.

Referente a los segundos, pese a su nombre, no son procesos de ejecución auténtica, sino una vía sumaria, reservada a títulos y relaciones mercantiles especiales diferentes a las que dimanaban de los verdaderos títulos de crédito.

En la legislación italiana, como lo destacamos precedentemente³⁴ el procedimiento de rendición judicial de cuentas se regulaba como una modalidad del de partición en lo relacionado con la entrega de capitales y frutos regulados para el mismo como un proceso “ejecutivo”, en lo cual se seguía el modelo francés.

Por lo que a tal apreciación se refiere, Mattiolo³⁵ consideraba que era evidente error aplicarle a ese proceso especial, las normas sobre “procedimiento ejecutivo”, en tanto que tal situación lo que aparejaba era dar lugar a la razón jurada del demandante, y con base a ella, que no a la obligación de rendir la cuenta, incumplida, se autorizaba la ejecución forzada en sí.

En nuestro sistema procesal anterior al vigente Código, parece haber sido esa la intención del legislador, éste siguió el mismo modelo francés³⁶ que no el italiano ni el español y en efecto, al igual que en el hoy vigente Código adjetivo, si bien, dados los supuestos de existencia del medio auténtico con el cual se debe demostrar presuntivamente la obligación de presentar las cuentas, el período en el que se realizó la gestión y los negocios realizados, la admisión de la demanda ya comportaba un apremio, para imponer el que fueren presentadas ante el Tribunal en lapso fijado por la Ley, ello no bastaba para dar lugar tampoco al inicio o anticipación de ejecución (elementos típicos en nuestro sistema anterior y en el vigente de los denominados procedimientos ejecutivos), sino que era menester prestar la razón jurada del actor sobre el importe de lo reclamado, añadido al desacato de haberlas presentado, para que solo entonces se pasara a la fase de anticipación de la ejecución, de no

34 Vid nota 21.

35 Trattato di diritto giudiziario civile, 5ª Edic, Vol. III, n. 884, Torino 1904, citado por Rossi.

36 En tal sentido vid. Valdivieso, *opus cit.*

haberse contradicho aquella, con la advertencia así mismo que el franco desacato expreso o presunto en cumplir el apremio, solo se sancionaba con multas, que solo cesaban si se presentaban o se aportaban al Tribunal los documentos con las cuáles se formarían o se diere fiador abonado para responder de todo ello (Art. 658 Cpc 1916).

Por igual debe observarse que en dichos códigos, el procedimiento especial ejecutivo de cuentas, no se encontraba formando parte de los procedimientos ejecutivos regulados por aquéllos, sino en sección aparte (Título X del mismo citado Libro del Cpc) si bien se lo reputaba por ello como un “ procedimiento “especial” diferente por tanto del ordinario.

Finalmente, en el vigente Código en el cual ya hemos ubicado a nuestro actual procedimiento ejecutivo de cuentas, se lo introduce sí en la Sección de los especiales ejecutivos y sin embargo, se eliminó lo relativo a la posibilidad, ante el desacato del apremio de presentarlas, para prestar razón jurada y con ello dar inicio propiamente a la fase ejecutiva.(Art. 687), dado que ahora, como se lo observará, lo procedente, será que la parte actora promueva diligencias probatorias, preferiblemente de informes, a fin de que con lo que se reciba al respecto de los terceros, pueda reconstruirse la cuenta.

En otras palabras será menester cumplir con toda la actividad probatoria necesaria, a fin de que el Juez, concluido aquél dicte sentencia y se siga el procedimiento conforme las reglas del juicio ordinario.

Igualmente el desacato de entregarlas por haber quedado firme el apremio, por igual se lo norma de manera diferente y se lo sanciona también en el vigente Cpc de manera distinta , eliminándose las “astreintes” que se disponían en los anteriores y determinando el artículo 677, “se tendrá por cierta la obligación de rendirlas, el período que deben comprender y los negocios”..... invocados, todo conforme se lo hubiere solicitado en la pretensión del actor, una vez cumplido lapso probatorio reducido en cuanto al de promoción y con vista a todo lo cual el juez dictará su fallo ordenando el pago reclamado o las restituciones pretendidas en la solicitud del demandante.

Como se lo puede advertir entonces, tanto en los Códigos anteriores venezolanos, como en el vigente, el tratamiento dado a éste juicio de rendición de cuentas, realmente obligan a catalogarlo como un proceso especial en sus trámites, que si bien tiene algunas modalidades que podrían llevarnos a pensar que se trata de un verdadero “ procedimiento ejecutivo”,

adolece de la falta de otros elementos que tipifican e identifican aquéllos de manera más precisa y categórica, no por ello en el fondo está ausente, un verdadero iter de conocimiento y debate del derecho de las partes, y lo más importante, no da lugar propiamente a “ un anticipo de la ejecución del fallo” salvo que pueda reputarse tal el que, con solo a la vista del medio auténtico que evidencie presuntivamente la obligación de presentar las cuentas, el período en el cual se ejerció la gestión y los negocios que comprende, NECESARIA E IRREMISIBLEMENTE, de no haberse hecho oposición, VENDRÁ OBLIGADO a acatar el pronunciamiento del Tribunal que lo conminó a PRESENTARLAS, que como resulta claro a todas luces es solo uno de los objetos de aquella de las pretensiones ejercidas tendiente a obtener que el demandado y a falta de él , el órgano judicial, se pronuncie para declararlo con fuerza de verdad indiscutida que si se deben presentar las cuentas reclamadas.

En torno al segundo de los objetos mediatos de las pretensiones deducidas, esto es, de que existiendo aquella primera, inmediatamente antes examinada, en efecto se presenten y hagan las cuentas, se las discuta si fuere el caso y se determinen los saldos y eventuales obligaciones de restitución o pago, que sería la segunda de las pretensiones ejercidas en este atípico procedimiento, las cosas son totalmente diferentes, y de la Ley pueden extraerse, se cumplen del modo siguiente:

- a. Siempre será susceptible de discutirse el importe, las partidas, los saldos y la forma de determinarlos, aún en el supuesto de que haya franco desacato a las disposiciones del Tribunal, o por no haber ejercido la oposición pertinente. De esa sola conducta remisa, solo nacerá en el mejor de los casos una presunción juristantum en cuanto a las afirmaciones contenidas en el libelo al respecto (677 Cpc vigente).
- b. Siempre el demandado, aún bajo tales condiciones, tendrá derecho a discutir esas pretensiones, a aportar pruebas que lo contradigan (677 ejusdem), y sobre ello volveremos más adelante, sin que aparentemente su conducta remisa o eventual confesión, limiten esa potestad probatoria,
- c. La condena en cuanto a tales aspectos (fijación de las partidas: ingresos y egresos y los eventuales saldos) solo quedarán precisados con la sentencia del órgano judicial.
- d. Cuando se las presente no en la forma prescrita por la Ley (ordenadas y suficientes) conforme al artículo 678, tampoco aparecerá anticipo de

ejecución, ni dará lugar al establecimiento de presunciones diferentes a las que resulten propias de los medios de prueba utilizados por el actor (informes, ex artículos 687, 433 y 437 ejusdem y experticia especial) y en todo caso, lo que debe obtenerse del proceso pareciere ser la mas fiel reproducción de las que debieron haberse producido (argumento ex artículo 678, 681 y 686 ejusdem).

- e. Sólo entonces, en cuanto a la segunda de las pretensiones, se podrá proceder a ejecución propiamente, previa decisión firme del Tribunal, esto es, existiendo el título de ejecución por excelencia: La Sentencia, conforme ocurre en cualquier otro procedimiento ordinario sin abreviación de lapso alguno y sin que no se contemple legítimo contradictorio.

De todo lo dicho , en cuanto a la naturaleza de nuestro procedimiento ejecutivo de cuentas, puede concluirse destacando, que propiamente no goza de las características esenciales del verdadero proceso “ejecutivo tipo” de nuestro ordenamiento ³⁷, con la sola salvedad en cuanto a lo dicho del carácter de indiscutido que toma entonces la orden de apremio contenida en el auto de admisión de la demanda y con la sola consideración de la naturaleza del medio probatorio auténtico con el cual se hubiere acompañado el libelo.

Por igual, en cuanto a ese medio auténtico que exige la Ley para dar curso a la admisión de dicho procedimiento tampoco se compadece plenamente con el concepto de título ejecutivo que de ordinario tiene nuestra Ley , pues en efecto en este caso no se exige que de él dimanara la existencia de una obligación de pagar o entregar bienes determinados, líquida y exigible, sino todo lo contrario, de la necesidad de precisar cuales son tales obligaciones, sus montos, y saldos, de tal manera que su sola existencia, haga innecesario el proceso de cognición para que el Juez se forme criterio, como ocurre en el juicio ordinario.

37 Con la sola excepción anotamos nosotros, del juicio de rendición de cuentas incidental en el caso del depósito judicial a que nos referimos supra, en tanto como lo vimos, no hecha oposición al apremio, se reputan líquidas y exigibles las estimaciones consignadas por el depositario y se ordenará sin más el pago, esto es, dará lugar a ejecución.

Nos atrevemos pues a proponer que ese procedimiento especial, pues realmente que por su atipicidad, de esencia resulta serlo, es una mezcla de elementos de uno y otro en cada una de sus dos definidas fases y en que, por igual sus pretensiones, son dos, acumuladas una a la otra, la primera de las cuales se basta con la declaración de certeza plena de la existencia de la obligación genérica de rendir o presentar las cuentas, sea que ello resulte del desacato sin oposición a la orden del Tribunal contenida en el auto de admisión, en cuyo caso cesa la necesidad de entrar al plenario ordinario común y en un proceso "ABREVIADO" (Art. 677) se resuelve lo relacionado con la segunda de las pretensiones acumuladas, no exenta de contradictorio, ni de la necesidad de que exista sentencia para que pueda aparejar ejecución lo discutido: conformación de las partidas, existencia de los saldos y obligación o no de restituir. En el indicado sentido coincidimos con los que lo catalogan como un procedimiento "mixto", pero ciertamente que bien poco puede atribuírsele de los caracteres propios del prototipo del juicio ejecutivo.

Como puede colegirse entonces, en cuanto a las pretensiones que en él se desarrollan, será dicho procedimiento un procedimiento de "conocimiento" con pretensión de condena como objeto principal de esa otra acción acumulada.

Finalmente, por último, si se hiciera oposición en la forma prescrita por la Ley y con los medios probatorios establecidos en ella, se dejaba sin efecto, la fase del apremio ejecutivo que nacía de la orden o llamado a juicio para que se las presentara y tanto la pretensión de que se las rinda y de que existen los supuestos para que así se lo repunte, como las de la segunda de las pretensiones acumuladas, referida anteriormente, sean discutidas entonces con todas las formalidades, garantías y trámites de un juicio contencioso ordinario en el cual sus objetos inmediatos son las garantías jurisdiccionales declarativa de la existencia de la obligación de presentar las cuentas, y de condena, a entregar dichas cuentas y los eventuales saldos que de ello resulten.

Bajo esa óptica, somos de opinión que dicho procedimiento no debió haberse modificado en su ubicación dentro de los Capítulos que conforman ese Libro del Cpc, sino debió habérselo dejado como una modalidad más de un juicio especial, para lo cual si existían sobradas razones de reputarlo como tal, como se ha visto y no encuadrarlo dentro de los procesos "ejecutivos tipo", de los cuales por igual se aparta y sin que goce cuando menos de otros elementos que de normal se contemplan

para la procedencia de aquellos y que justifican los especiales efectos en cuanto adelanto de “la ejecución” de lo que en ellos se reclama³⁸.

Con lo dicho, pareciere pues mas acertada la posición de Guasp al entender que esta modalidad de procedimiento, se asemeja más al proceso de cognición común, pero sumario por razones cualitativas que esta destinado a satisfacer pretensiones dotadas de una fehaciencia legalmente privilegiada.

Destaca el comentado autor como notas características de ese tipo de procedimientos, que:

- a. En primer término, es un verdadero proceso, pues se lo tramita y decide por un juez, que no realiza una función administrativa o de jurisdicción voluntaria, sino judicial auténtica;
- b. Que es un proceso de “cognición”, porqué con lo que en él se tiende a obtener es una declaración de voluntad del órgano judicial, es decir una sentencia, y no una manifestación de voluntad, o conducta física, que sería una ejecución propiamente dicha.

Y por ello resulta razonable que concluya Guasp advirtiendo el equívoco que encierra la denominación de este proceso, tal como se contiene en la Ley y se utiliza en la práctica. Se le llama juicio ejecutivo, con lo cual parece que no se trata de los juicios declarativos, sino de una

38 Ahora bien, si de lo que se trata era de ubicar en una sola sección todos aquellos procesos atípicos contemplados por la Ley, cuyo efecto final propio lo fuera el de abreviar de cierto modo términos o plazos en su tramitación, o en los que por la conducta de las partes se modificarán los demás trámites del juicio ordinario, independientemente de los efectos mismos que se producían con tales modalidades de acción, entonces si convendríamos en que el haberlos juntado en una sola Sección de ese Libro del Cpc resulta atinado. Esa parece haber sido la verdadera razón tomada en cuenta por los Proyectistas y el Legislador, pues recuérdese que por igual se contempla hoy entre los procesos ejecutivos, el de “inyunción ss o intimatorio”, en el cual tampoco se anticipa propiamente la ejecución, sino que se da a la decisión de admisión de la demanda efectos especiales, cuando se la acompaña de las pruebas que contempla la Ley, en cuyo caso parecieran proceder las medidas cautelares no a libre discreción del Juez, y se omite todo el trámite del proceso ordinario de cognición, dando efectos de definitivo al pronunciamiento de admisión de la demanda, tal como si fuera la declaración misma indiscutida de lo reclamado (especie de admisión de los hechos y derecho en que se la funda, con base a una especie de presunción de confesión tácita, derivada del no ejercicio de oposición o defensa alguna).

figura afín a los verdaderos procesos de “ejecución”, pero tal creencia debe considerarse totalmente equivocada. La finalidad propia del juicio ejecutivo no es la de conseguir directamente medidas de ejecución a cargo del juez, a las que el pretendiente, de momento, todavía no tiene derecho, sino la de conseguir una resolución judicial de fondo que imponga al demandado una cierta situación jurídica, y cuyo incumplimiento será el que determine verdaderamente la apertura de la ejecución.

En Italia, como se lo advirtió ,según el viejo Código de procedimiento se lo consideraba como proceso especial, con determinadas características peculiares, que precisamente lo hacen apartarse de los procedimientos ordinarios contenciosos de cognición, de otros procedimientos especiales, y a su vez de los demás procedimientos ejecutivos y por ello reviste particular interés, en tanto representa una mezcla de situaciones sustantivas y procesales poco comunes , con lo que se lo concibe así como un modo especial que garantiza en primer lugar el cumplimiento de esa “obligación derivada” de otras nacidas en virtud de determinados contratos, cuasi contratos o de la Ley.

Una de esas particularidades es, en efecto y como lo mencionamos, el ejercicio acumulado de dos tipos de acciones autónomas, una, la pretensión meramente declarativa, dirigida a obtener el pronunciamiento del juez, sobre la pura obligación del demandado de que resulta ser sujeto de la obligación genérica de rendir cuentas y otra, subsiguiente y consecuencia de la anterior, que deviene en pretensión de condena, y que viene a generar eventualmente una obligación de hacer “ presentar las cuentas de esa administración de bienes que le fuere confiada” y luego de proceder a su examen y al debate judicial, si fuere el caso, a restituir determinada suma de dinero o bienes, y que surgirá como resultado del examen y verificación de la entrega y presentación de los recaudos que origina la gestión de administración que fue invocada y sobre cuya existencia ha quedado presuntivamente demostrado ha sido cumplida y está referida a un período dado y a unos negocios determinados ³⁹.

39 Como bien lo destaca la citada Sentencia de enero de 1914 aludida en la nota 5, supra.

Como debe colegirse de lo antes expuesto, también caber advertir que en este caso el “título fundamental de la pretensión” necesariamente debe acompañar al libelo de demanda, no pudiendo aceptarse inclusive siendo público, el que lo sea, que el mismo pueda acompañarse dentro del lapso excepcional contemplado en la Ley, pues como requisito impretermitible de esa pretensión inyuntiva de la primera etapa del juicio ejecutivo de cuentas, el Juez necesariamente tiene que revisar, analizar y deducir de dicho instrumento si se dan las excepcionales razones para poder admitir por esa vía la pretensión deducida.

Esa misma especial característica, hace que el desarrollo del procedimiento se cumpla también bajo condiciones particulares, pues como lo veremos, el mismo se cumple en dos etapas, claramente diversificadas, y con dos modalidades de procedimiento nítidamente definidas, una bajo la premisa de una cognición breve y sumaria, que concluye con el pronunciamiento de que existe en cabeza del llamado a juicio la obligación de presentar las cuentas, y de que por tanto soporta la condición de ser sujeto de una relación sustantiva que la genera (administrador de bienes, tutor, mandatario, gestor de negocios) que queda confirmada con la declaración de certeza inyuntiva que le impone y le insta a presentarlas dentro del plazo que fija la Ley; y otra, que nace como consecuencia de las objeciones que él puede presentar a la orden del juez de que así lo haga, que debe hacerla valer dentro del mismo plazo que se le ha fijado para presentarlas, so pena de que su actitud remisa o no ejercicio de defensas que la contradigan o nieguen, hagan quedar firmes y definitivas las declaraciones de certeza que en *in limine* contiene el Decreto inicial del órgano judicial, o que, formulada contra la misma, la pertinente contradicción (por vía de la oposición), hacen que deban ser discutidas en un proceso ordinario, al cual resulta condicionalmente llamado.

SECCIÓN DE DOCTRINA
Extranjera

Tratamiento legal en España de las nuevas técnicas de reproducción humana y sus repercusiones legales

Rafael Barnard Mainar*

Sumario

I. Introducción: a) En general; b) Terminología y conceptos; c) Problemas que se plantean. II. Principios y cuestiones generales que rigen la materia. III. Elementos personales: a) Las usuarias de las técnicas de reproducción asistida; b) El varón que comparte vida con la usuaria; c) El donante de gametos. IV. La filiación derivada de procreaciones asistidas. V. Determinación de la paternidad: a) En general; b) Posible relación del hijo con el donante de gametos en la inseminación artificial con semen de tercero. VI. Determinación de la maternidad: a) En general; b) Contratos sobre gestación de sustitución; c) Maternidad jurídica; d) Problemas particulares de paternidad en estos casos. VII. Fecundación artificial post mortem: a) En general; b) Requisitos legales para la fecundación artificial post mortem; c) ¿Tiene la mujer verdadero derecho subjetivo a la fecundación post mortem?; d) Filiación del nacido por inseminación artificial post mortem.

* Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza, España, Profesor invitado en las Facultades de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello y Central de Venezuela.

I. INTRODUCCIÓN

a) En general

La propia relación biológica que genera la filiación entre las personas se dificulta y complica cuando son resultado de las nuevas técnicas de reproducción asistida que, aunque ya practicadas hace algunos decenios, han proliferado en los últimos tiempos y han alcanzado un grado de perfeccionamiento tal, que se han convertido en un medio adecuado y eficaz para superar el problema de la esterilidad humana.

En todos los asuntos relacionados con la determinación de la filiación, se partía de la necesidad de unas relaciones sexuales como eje de la procreación y requisito ineludible de aquélla. Actualmente, sin embargo, nos hallamos ante una realidad social distinta, puesto que cabe la propagación de la especie humana sin necesidad de una relación sexual, entendida como contacto o aproximación física y carnal. Lo cual todavía se enmaraña más si cabe, si pensamos en la posibilidad de que tanto los gametos masculinos o femeninos, o bien el útero en que se desarrolle la gestación, sea de uno de los miembros de la pareja (casada o no) que decide el nacimiento del nuevo ser, o de un tercero, y en este caso, con o sin el consentimiento del marido o compañero de la mujer.

Puede ocurrir, así pues, que amén del procedimiento de fecundación, el hijo nazca de la unión de gametos ajenos (uno o los dos) a las personas que deciden que ese hijo nazca y, rizando todavía más el rizo, que la gestación se produzca en mujer diferente porque la que quiere ser madre no es apta para el embarazo.

Un referente inevitable es la fecha de 25 de julio de 1978, en que nació la niña Louise Brown, como resultado de una fecundación in vitro con transferencia de embriones. Esta nueva revolución biológica, al desconectar el fenómeno de la reproducción humana del ejercicio de la sexualidad, alcanza un grado de difusión difícil de comprender si no fuera por los efectos de apoyo del lobby científico y la contribución inestimable de los medios de comunicación social, que han aireado de manera grandilocuente los casos más llamativos.

No obstante, el punto esencial del fenómeno que nos ocupa es la búsqueda paciente y tenaz de un remedio contra la esterilidad humana¹.

Sin embargo, la simple presunción de que todo lo científico y técnicamente posible es lícito y moral puede generar un debate digno de controversia y dar pie a toda suerte de tesis y opiniones. Por lo que a nosotros respecta, entendemos que no todo lo posible en fecundación extracorpórea es lícito; ello no significa que el resultado de tales prácticas haya de ser tachado de culpable, ni deba ser condenado, sino más bien al contrario, que el trato a los nacidos por estos procedimientos tienda en lo esencial al equiparamiento tanto en derechos como en status para el futuro.

Debate que se agudiza por una serie de argumentos que cuestionan tales actuaciones que este tipo de prácticas conlleva:

1. Alteración en el denominado derecho de la personalidad del nacido, pues la persona humana no puede ser fruto de un mero proceso de manipulación biológica de sus progenitores, sino que ha de responder al amor de sus progenitores.
2. Además, pareciera como si la personalidad de los progenitores se diluyera al decidir por ellos el equipo médico responsable de las técnicas utilizadas.
3. Incluso, se habla de una pérdida de la reserva e intimidad del acto procreador, que cuenta con cierta publicidad a través de la intervención de terceros.
4. También se alega como cuestionable en estas técnicas el tratamiento que se concede al derecho a la vida, ya que no cuentan con una seguridad total y cualquier negligencia médica puede malograr la actuación, así como el problema que plantean los embriones sobrantes y su posible destrucción, por entenderse que deberían contar con la protección del nasciturus, puesto que desde el momento de la fecundación hay una vida humana, que ha de ser protegida jurídicamente.

1 En España, por ejemplo, son estériles entre un 10 y un 13% de todas las parejas en edad fértil (15-49 años); de tal porcentaje, un 20% pueden ser tratadas por inseminación artificial, y un 40% por fecundación in vitro y transferencia de embriones, según el Informe de la Comisión especial de estudios de la fecundación in vitro y la inseminación artificial humanas, Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.

5. La permisividad de que tales prácticas puedan beneficiar a parejas no casadas podría suponer un agravio respecto del matrimonio, por no atender ni primar la venida del nuevo ser a un hogar legalmente constituido.
6. La autorización de la inseminación de mujeres solas permite la vida de seres que no podrán tener un padre legal.
7. Se crea un nuevo concepto, cual es el del hijo post-póstumo, que llega a cuestionar la regla sucesoria que requiere sobrevivir al causante para heredarle.
8. Se imposibilita la libre investigación de la paternidad en gran número de situaciones.

En todo caso, en el tema que nos ocupa se ha de deslindar dos apartados distintos: de una parte, el lado administrativo-sanitario (crioconservación de gametos, diagnósticos y tratamientos de ciertas enfermedades, investigación y experimentación con gametos y preembriones, centros y equipos biomédicos, infracciones y sanciones administrativas, etc.); de otra, el alcance jurídico-privado que afecta a derechos subjetivos de las personas implicadas en las procreaciones asistidas. Nos interesa, claro está, este segundo grupo de problemas, por afinidad material y temática.

b) Terminología y conceptos

Entendemos por *fecundación artificial* el método de procreación que da lugar a filiación sin comprender la unión sexual entre el hombre y la mujer (elemento negativo), y descansar en un procedimiento técnico (elemento positivo). Se confunden normalmente los términos de fecundación e inseminación artificial, cuando son dos expresiones distintas: inseminación es el proceso que suple al coito, y fecundación es el origen de la filiación; inseminación es la causa y la fecundación es el efecto, siendo causa a su vez de la filiación.

Por *inseminación artificial* aludimos al procedimiento por el que se introduce en el útero de la mujer el semen del hombre para provocar la fecundación, sin mediar unión carnal. El semen puede introducirse fresco, lo cual no es muy habitual, o bien congelado previamente, siendo descongelado posteriormente, una vez la mujer se halle en perfectas condiciones, y se practica la inseminación. Se distingue entre *inseminación homóloga*, cuando se efectúa con semen del marido o del que conviva

maritalmente, e *inseminación heteróloga*, con el del hombre no unida matrimonialmente o de hecho, sino que es de un hombre cierto, o anónimo (procedente de un banco de semen).

Hablamos de *fecundación in vitro* como la técnica de fertilización desarrollada a partir de la fecundación en un laboratorio de un óvulo femenino con un espermatozoide masculino e implantado seguidamente el embrión resultante en el útero de la mujer. Es decir, se recoge el óvulo del cuerpo de la mujer, se conserva con el procedimiento idóneo, se obtiene semen del hombre, se realiza la fecundación en el laboratorio, *in vitro*, nace el embrión y éste se inserta en el útero de la mujer.

Conocemos el denominado *alquiler de vientre* como una variante de la fecundación in vitro, en la que la mujer a la que se le inserta el embrión no es la que ha producido el óvulo, sino una tercera que acepta gestar y parir, entregando luego el hijo a la mujer y, en su caso, al hombre que, con sus elementos genéticos han creado el embrión.

c) Problemas que se plantean

Nos remitimos a lo visto en torno a los argumentos que cuestionan el uso de estas técnicas genéticas, que sin duda, contribuyen a plantear problemas desde la perspectiva del derecho de la persona, de la familia y de sucesiones.

Tampoco podemos obviar todo lo relativo a las acciones de reclamación de la filiación extramatrimonial y de impugnación de la paternidad marital, como analizaremos en su momento.

Uno de los temas estrella en esta materia es el del conflicto que surge sobre la maternidad en los supuestos de alquiler de vientre, con las diversas teorías que predominan y los prejuicios de orden moral y religioso que afloran en su tratamiento.

II. PRINCIPIOS Y CUESTIONES GENERALES QUE RIGEN LA MATERIA

Podemos entresacar una serie de reglas, no todas eminentemente jurídicas, ni de éstas, todas de carácter civil, que se erigen como criterios básicos en esta materia y que se desglosan en la propia Ley de Reproducción Asistida Humana (L.R.A.H.), de 22 de Noviembre de 1988²:

2 Art.2º, 3º y 4º de la citada Ley.

a) Tales prácticas se realizarán solamente cuando haya razonables probabilidades de éxito y no constituyan riesgo grave para la salud de la mujer o la posible descendencia. Como se puede observar este principio se sustenta en la esfera jurídica y civil así como en el cuidado objetivamente debido del profesional, por descansar en el código deontológico de la profesión médica, en la denominada *lex artis*, cuya transgresión puede generar una acción de responsabilidad civil interpuesta por la madre o el hijo, a causa de los daños o malformaciones ocasionadas.

b) Tales técnicas sólo serán factibles en mujeres mayores de edad, cuyo estado de salud psico-físico sea sano, siempre que lo soliciten y acepten libre y conscientemente. La falta del citado consentimiento constituye un delito conforme al nuevo Código Penal³.

c) Los Establecimientos sanitarios autorizados para tales prácticas han de suministrar previamente información y asesoramiento a los posibles usuarios, así como a los donantes, tratando de ser lo más completa posible (resultados, riesgos y demás consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético que se puedan suscitar).

d) La aceptación se reflejará en un formulario de carácter reservado, de contenido uniforme⁴.

e) Se prohíbe la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto a la procreación humana⁵.

f) Se transferirán al útero solamente el número de preembriones considerados científicamente adecuado para asegurar razonablemente el embarazo. Tales normas parecen, en principio, de índole médico-sanitario, pero guardan íntima relación con el derecho fundamental a la vida, tanto de los “sobrantes”, como de los implantados con destino cierto a morir. De ahí, que pueda surgir la objeción de conciencia legítimamente alegada por el personal facultativo⁶.

3 Art. 162 del Código Penal español.

4 Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana.

5 Art. 3º de la Ley. Su inobservancia constituye un delito, conforme al art.161 del Código Penal español.

6 La Instrucción de la Congregación de la Doctrina de la Fe 1987, nº 6, dice que “*la consolidación de la fecundación in vitro ha querido formar y destruir innumerables*

III. ELEMENTOS PERSONALES

a) Las “usuarias” de la técnicas de reproducción asistida

Dos cuestiones se han planteado principalmente al abordar este punto determinado: de una parte, si estas prácticas debían limitarse a las parejas casadas, por ser aparentemente éstas quienes pueden ofrecer una familia estable, así como unas condiciones ético-sociales idóneas para el desarrollo del nasciturus; de otro lado, si la mujer sola que no conviva con varón puede acceder a aquellas técnicas y hasta qué punto se puede negar su acceso, desde una perspectiva constitucional.

Por lo que respecta a la primera controversia, parece ser una constante ya consolidada que no procede la discriminación en este campo por el hecho de existir o no matrimonio entre la pareja heterosexual, partiendo de la noción amplia que se baraja del ente familiar, así como de la protección con rango constitucional con la que cuenta la familia, incluso la extramatrimonial, así como el hecho de que la estabilidad de que puede gozar el nacido de una unión de hecho no tiene por qué ser de inferior nivel a la que surja de una relación matrimonial⁷.

En lo referente al segundo tema de discrepancia, esto es, si la mujer sola que no conviva con varón que pueda ostentar la paternidad puede acceder a estas técnicas de reproducción⁸, las ideas o principios que colisionan son, de una parte, el derecho a la procreación que tiene

embriones humanos, y todavía los sobrantes se destruyen o se congelan, y algunos de los ya implantados se sacrifican por diversas razones, por lo que se recuerda la prohibición del aborto provocado”. Cfr. García Cantero, Reflexiones sobre la objeción de conciencia en la procreación asistida, en el volumen La objeción de conciencia (Valencia, 1993), pgs.375 y ss.

- 7 Hay autores que opinan que en la relación matrimonial de hecho se adolece de una *falta de compromiso o promesa*, por lo que la pareja no casada no ofrece la misma garantía inicial de fidelidad, lo cual se agudiza, aún más si cabe, porque la disolución de la pareja puede producirse en cualquier momento. Esta corriente doctrinal pretende una “*cierta superioridad*” y “*mayor prestigio*” del matrimonio respecto de la mera unión de hecho como centro de socialización de la prole, por lo que tal distinción en cuanto al medio familiar que suponen ambas realidades, debería tener un reflejo en el tratamiento legal.
- 8 La discusión podría extenderse a parejas de homosexuales o a instancia de un hombre solo que requiera y obtenga óvulo y gestación de mujer que se preste; es decir, si cabe la fecundación asistida fuera de la pareja humana, sea casada o no.

toda persona, como expresión de su libertad personal y sexual, y, de otra, el derecho a la salud, con lo que sólo se admitiría tales actuaciones para corregir defectos o enfermedades, tales como la esterilidad y deficiencias asimiladas. Los intereses encontrados son los de la mujer sola a tener un hijo, si consiente, por estas técnicas, y el del hijo, que contaría con el derecho a tener padre y madre, así como una familia estable.

En los argumentos favorables al acceso de la mujer sola a estos procedimientos, cabe alegarse el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad, a su libertad personal y sexual, así como la libre disposición de sus facultades genésicas. No obstante, puede responderse a lo antedicho con la tesis de que no existe un derecho absoluto a la maternidad, aun entendida como cauce adecuado para el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, así como que tampoco existe un derecho ilimitado a disponer del propio cuerpo cuando de ello puede nacer un nuevo ser.

También se puede contestar el razonamiento de que el nuevo ser tiene derecho a una familia estable y completa, puesto que el derecho primario de todo ser no lo es al número de progenitores que pueda conocer legalmente, sino a una serie de mínimos vitales (materiales, intelectuales, afectivos), que ni siquiera la ley, ni muchas parejas casadas pueden asegurarle. Además tampoco se entiende que tener necesaria y jurídicamente padre sea un derecho constitucional. Por último, no hemos de obviar que el simple hecho de que la madre no revele la identidad del padre, sustentado en su derecho a la intimidad personal, desemboca ineludiblemente en que el hijo carezca de padre, por lo que no podemos tratar más rigurosamente a la mujer usuaria de técnicas de reproducción asistida por este simple hecho, cuando, de otro modo, ella misma no revelaría la identidad paterna, por no atentar contra su propia dignidad, al haber acudido al acto sexual con un varón como único medio de colmar la satisfacción que para ella supone el evento de la maternidad.

Sin embargo, estos mismos alegatos parecen desvirtuarse desde el momento mismo que el conocimiento legal del padre, fundamentalmente, se erige en uno de los mayores logros de nuestro tiempo en esta materia; que la jurisprudencia llega a declarar la paternidad de quienes ponen dificultades a prestarse a las pruebas biológicas; que, a pesar de que la madre oculte el nombre del varón progenitor, ello no es óbice para que

el hijo pueda buscar e indagar quién es el varón responsable de su nacimiento.

En este asunto ronda y se mezclan consideraciones de tipo ideológico, lo que dificulta la adopción de soluciones asépticas y desprovistas de este tipo de criterios. No parece que el texto constitucional español niegue a una mujer sola que no conviva con varón el acceso a las técnicas de reproducción asistida. La Ley de 1988 toma una solución excesivamente amplia y liberal, al permitir que “toda mujer podrá ser receptora de estas técnicas, siempre que haya prestado su consentimiento de manera libre, consciente, expresa y por escrito”, pero con el requisito de “tener 18 años al menos y plena capacidad de obrar”⁹. No obstante, es más que discutible la madurez psicológica de una mujer de dieciocho años para decidir tener un hijo, sin estar casada e, incluso, sin contar con un padre. También se puede contestar el hecho de que la Ley no establezca la necesidad de demostrar que se cuenta con medios suficientes para alimentar al nasciturus.

Se pretende conceder a la mujer una responsabilidad ingente con el solo condicionamiento de la “razonabilidad del éxito” y la “inexistencia de riesgo grave para la salud”. Ello no implica que se desmerezca a la mujer a la hora de tomar una decisión de tal tramoya, por el hecho de ser mujer, sino por tratarse de una determinación de tal importancia que, por su propia naturaleza, quizás una persona de dieciocho años con plena capacidad de obrar, sin exigir ningún requisito más, no esté capacitada para adoptarla, con lo que la Ley, en aras de un pretendido y abanderado progresismo, ha olvidado consideraciones de mayor calado psicológico y moral, como es la transcendencia y responsabilidad que conlleva un acto de esa enjundia, así como las consecuencias que ocasiona y produce.

b) El varón que comparte vida con la usuaria

Partiremos de la distinción de si el varón que convive con la usuaria está casado con ella, o simplemente cohabita *more uxorio*.

Si se hallan casados, se requiere el consentimiento del marido con las mismas características que el preceptivo de la mujer, con excepción

9 Art. 6, 1 de la Ley de 1988.

de los casos de separación conyugal y divorcio, bien por sentencia firme, bien de hecho, unilateral o de mutuo acuerdo¹⁰. La necesidad del consentimiento deriva de que

la fecundación artificial de la mujer casada sin el consentimiento de su marido sería una grave deslealtad (infidelidad moral y jurídica), una falta de respeto a su esposo que podría dar lugar a la separación y al divorcio, sin perjuicio de otras consecuencias (indemnizatorias, por ejemplo, y en la determinación de la filiación resultante).¹¹

En caso de inseminación heteróloga, el consentimiento del marido supone una prohibición legal de impugnación de la filiación matrimonial del hijo. Se trata de una presunción legal inimpugnable, es decir, una presunción *iuris et de iure*.¹²

En el supuesto de no estar casados, se entendió por algún sector doctrinal que había de existir una convivencia *more uxorio* y que el varón debía prestar su consentimiento. No obstante, se objetó la dificultad de determinar la estabilidad, el tiempo requerido para afirmar tal situación, así como la fácil apariencia de mostrarla, sin que respondiera a la realidad. De ahí, que la Ley¹³ aluda solamente al “varón”, sin más, por lo que no se requiere convivencia estable, ni siquiera convivencia, pues bastaría con que el varón, de acuerdo con la mujer, y por motivos altruistas, afectivos o de otra naturaleza, esté dispuesto para prestar el consentimiento, pero siempre que éste reúna los requisitos del de la mujer, con el objeto de evitar que responda al engaño o al fruto de un varón incauto. Se trata de un mero reconocimiento de complacencia, una oferta de cobertura paterna a una filiación sin padre legal.¹⁴

c) El donante de gametos

Participa necesariamente cuando el varón o mujer que deciden tener un hijo con este tipo de técnicas no pueden proporcionar el gameto correspondiente. Podemos predicar de él los siguientes caracteres:

10 Art. 6, 3 de la Ley de 1988.

11 Rivero Hernández, *Elementos de Derecho Civil, IV-2, Lacruz Berdejo*, pg. 152.

12 Art. 8, 1 de la Ley de 1988.

13 Art. 8, 2 de la Ley de 1988.

14 Frente a la interpretación literal ya analizada, existe otra que entiende que la autorización de la fecundación por un varón es facultativa, pero no indispensable, pues cabe que la mujer soltera quiera tener un hijo para ella sola.

1. El contrato ha de ser gratuito, formal y secreto, y se celebrará entre el donante y el Centro autorizado al efecto¹⁵.

Por ser gratuito, sin embargo, no creemos que sea una donación, puesto que es más que dudoso que se trate de un contrato, ya que falta, a nuestro parecer, un requisito esencial de todo contrato, cual es el objeto, ya que los gametos humanos, portadores de vida humana potencial, no pueden ser objeto de contrato alguno.

El carácter formal de este tipo de acto jurídico lo es en la modalidad *ad solemnitatem* y no *ad probationem*, es decir, requisito de validez del mismo acto.

El carácter reservado deriva de la propia naturaleza del acto jurídico, por los intereses en juego y, sobretodo, uno esencial, como es el orden público y la paz familiar.

2. La mal denominada donación, conocida por otros como *aportación gratuita*, o como nosotros llamamos *dación altruista*, sólo será revocable por infertilidad sobrevinida del donante, si los precisa para sí y están disponibles en la fecha de la revocación. Se asimila a la figura, *mutatis mutandis*, de la revocación de donaciones por supervivencia o sobreviniencia de hijos, es decir, una causa posterior al de la realización de la liberalidad que genera la necesidad de restituir al estado originario el objeto de la aportación o dación altruista, ya que el donante, por una causa que no le es imputable, se ve precisado de aquello que en su día se desprendió de forma generosa y gratuita.

En tal caso, el donante reintegrará los gastos de todo tipo originados al Centro receptor¹⁶. Se ha criticado este punto por entender que se trata de una situación muy severa y rigurosa para el que realizó la aportación, puesto que la causa es más que justificada y en una circunstancia muy singular. Parece que se quiere condenar y castigar económicamente al que se retracta de la decisión tomada, aún siendo por causa justa.

Por otra parte, se ha querido sustentar esta "sanción económica" en un modo de desalentar a la revocación, por las consecuencias perjudiciales que ello pueda generar frente a compromisos adquiridos,

15 Art. 5, 1 de la Ley de 1988.

16 Art. 5, 2 de la Ley de 1988.

así como la inseguridad e incertidumbre jurídica que origina esta posible espada de Damocles revocatoria que pesa para la aportación realizada.

Creemos, no obstante, que, acreditada la justeza de la causa taxativamente contemplada por la Ley, no debería imputarse el costeamiento de los gastos de revocación al aportante, sino que sería uno de los riesgos que el Centro debiera de asumir frente a la gratuidad de las aportaciones efectuadas.

3. El donante deberá tener más de dieciocho años y plena capacidad de obrar, además de ciertos requisitos psicofísicos que garanticen mínimamente la práctica de tales técnicas, con el fin de evitar la transmisión de enfermedades¹⁷, para lo cual, se someterá a un protocolo obligatorio de carácter general¹⁸.

4. La donación será anónima, para lo que se custodiarán los datos identificativos del donante en el más estricto secreto y en clave, en los bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes, permaneciendo el anonimato aun después del empleo de gametos, para inmunizar al donante de las acciones de reclamación de paternidad que pudieran interponerse en su contra, solamente con una doble excepción¹⁹: a) datos biogenéticos e información general del donante que no incluya su identidad, a lo que tienen derecho tanto los hijos nacidos como las receptoras de los gametos; b) en circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Por concurrir dichas circunstancias excepcionales se permite el levantamiento del secretismo que preside todas estas actuaciones, si bien tal revelación no implica la determinación legal de la filiación, en ningún caso.

Es uno de los puntos más controvertidos sobre la materia, puesto que contienen dos perspectivas más que enfrentadas: de una parte,

17 Art. 5, 6 de la Ley de 1988.

18 Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana (concretamente para los donantes, en el Capítulo I, arts. 2-6).

19 Art. 5, 5 de la Ley de 1988.

ciertos temores o egoísmos que pueden surgir en la pareja; de otra, el interés del hijo, encarnado en un derecho constitucional, cual es el libre desarrollo de la personalidad, que conlleva el de conocer la propia identidad, y su descendencia de padre y madre determinados.²⁰

5. Para evitar que nazcan demasiadas personas con idénticos caracteres genéticos y que haya hermanos desconocidos entre sí, con el riesgo de futuras uniones incestuosas, se restringe el número de procreaciones con gametos de la misma persona, limitándose, generalmente, entre cinco y diez²¹.

IV. LA FILIACIÓN DERIVADA DE PROCREACIONES ASISTIDAS

Se trata del conjunto de problemas más complicados que plantean las técnicas de reproducción asistida. Dentro de ellos, podríamos resaltar los de determinación de la paternidad, los de la relación posible entre el hijo y la persona que aportó el gameto necesario, y las específicas cuestiones relativas a la maternidad en los casos en que mujer distinta de la comitente proporciona gameto femenino y/o útero que gestó el embrión (“maternidad subrogada o de sustitución”). Y es que nos asaltan una serie de interrogantes a propósito de este género de prácticas, que hacen tambalear la estructura tradicional sobre la que se ha asentado las denominadas relaciones de filiación. Por ejemplo, ¿es padre del nacido por inseminación artificial de donante anónimo el marido que ha consentido, o bien el anónimo donante de semen?, e incluso ¿es madre la mujer que ha gestado el embrión y ha alumbrado un hijo que ella no quiso para sí y para el que no ha puesto ni siquiera el óvulo, sino que lo hizo por y para su hermana, por ser incapaz de llevar a término un embarazo? Lo cierto que en estos supuestos planteados no nos hallamos ante una paternidad o maternidad en el contexto que ambas tienen cultural y jurídicamente, según la tradición.

Las nuevas legislaciones todavía conservan esta terminología tradicional, por no existir otra que pueda recoger el contenido de las nuevas situaciones generadas, si bien del nuevo espíritu de la legislación

20 Este derecho ha sido reconocido y respetado por el art. 4 de la Ley sueca de 1984 sobre Inseminación Artificial.

21 El art. 5, 7 de la Ley de 1988 reduce a seis el número de hijos que pueden nacer de un mismo donante.

se puede extraer la conclusión de que existe un verdadero desdoblamiento entre la concepción clásica de la paternidad y maternidad, y la que resulta de la práctica de estas técnicas, que supone la distinción entre una filiación jurídica (también filiación formal), que produce la categoría atípica de los “padres sociales”, al asumir una función social, y otra filiación biológica o de procreación (como real progenitor o creador de vida), que es la que genera efectivamente la vida humana.

De ahí, que pudiera hablarse de una filiación civil, frente a la considerada por naturaleza, con lo que se puede proceder a la aproximación de la filiación adoptiva con la resultante de alguna de la realización de estas prácticas de reproducción, dado que ambas formas de paternidad, tanto la adoptiva como la extracorpórea, cuentan con el elemento común de la ausencia de acto o contacto sexual.

La filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las normas vigentes²², sin perjuicio de las especialidades de la Ley en cuestión, con lo que parece crearse *ex lege* un nuevo Derecho de Filiación, al margen, incluso de la propia Constitución, por impedir que en la inscripción en el Registro Civil se reflejen datos de los que se pueda inferir el carácter de la generación²³, siendo que la realidad demuestra que, cuando surge una discrepancia, la evidencia de la generación sale a la luz pública, al impugnarse las declaraciones y consentimientos prestados ante el Centro sanitario.

V. DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD

a) En general

Para proceder al estudio de cada una de las situaciones que se plantean en torno a la determinación de la paternidad, hemos de llevar a cabo una clasificación orientativa que establezca las posibilidades, muy numerosas por cierto, que pueden suscitarse:

22 Art. 7, 1 de la Ley de 1988.

23 Art. 7, 2 de la Ley de 1988.

- | | | |
|---------------------|---|---|
| 1. Pareja casada | { | <ul style="list-style-type: none"> a) con semen del marido b) con semen de tercero <ul style="list-style-type: none"> a') con consentimiento del marido b') sin consentimiento del marido |
| 2. Pareja no casada | { | <ul style="list-style-type: none"> a) con semen del compañero b) con semen de tercero <ul style="list-style-type: none"> a') con consentimiento del varón b') sin consentimiento del varón |
| 3. Mujer sola | | |

En cuanto a la pareja casada que utiliza estas técnicas de reproducción asistida con semen del marido (1. a), no hay nada especial con relación a la procreación natural, sino la artificial forma de hacer llegar los gametos masculinos al óvulo, por lo que la inseminación artificial con semen del marido equivale biológica y jurídicamente a la cohabitación sexual de los esposos.

El marido no podrá impugnar su paternidad alegando y probando su impotencia coeundi, con base, esencialmente, en el principio de la buena fe, el principio de los actos propios (según el cual, nadie puede ir contra sus propios actos si ha actuado voluntariamente), así como un mínimo de sentido común, por imponer éste que la acción impugnatoria supondría un claro ejemplo de la doctrina del abuso de derecho, que llegaría, incluso, a la categoría de fraude de ley.

Si se trata de la fecundación asistida con semen de tercero y con consentimiento del marido (1. b, a'), nos encontramos con una situación de hecho en la que concurren dos elementos esenciales, que proceden de dos personas distintas: el consentimiento del marido, y el material genético o dación de un tercero. Pugnando, por tanto, dos decisiones, si bien, para que se produzca el nacimiento, entendemos más relevante la voluntad del que ha prestado su consentimiento para que la procreación se llevara a efecto, que la de aquél que con liberalidad aportó su semen,

puesto que este semen puede ser sustituido. De manera, que el hijo habrá de ser considerado del marido que consintió y, por tanto, matrimonial.

Esta es la solución adoptada por la mayoría de las legislaciones, así como en informes y recomendaciones de Comités de expertos que han estudiado la materia²⁴.

24 El Código Civil suizo, modificado en 1976, aunque no cita expresamente la inseminación artificial, la está aludiendo cuando su art. 256, 2 dice que “el marido no puede intentar la acción de impugnación de la paternidad si ha consentido la concepción por obra de tercero”.

El Código Civil portugués de 1977 dicta en su art. 1.839 que “no se permite la impugnación de la paternidad con fundamento en inseminación artificial al cónyuge que la ha consentido”.

El Código Civil holandés de 1972, en su art. 201, 1 establece: “No habrá derecho a la acción de impugnación si el marido ha dado su consentimiento a un acto que pueda tener por consecuencia la concepción de hijo”. En términos similares, el art. 213 del luxemburgués, el 32 del Código de Familia búlgaro de 1968 y el Proyecto de Ley belga de 1979 (art.320).

El Código de la familia de Costa Rica (vigente desde el 7 de agosto de 1975) dispone en su art. 72: “La inseminación artificial de la mujer con semen del marido, o de un tercero con el consentimiento de ambos cónyuges, equivaldrá a la cohabitación para efectos de filiación y paternidad. Dicho tercero no adquiere ningún derecho ni obligación inherente a tales cualidades.

La entrada en vigor el 1 de marzo de 1985 de la Ley sueca de 1984 sobre inseminación artificial, obligó a añadir un nuevo artículo al capítulo I del Código de Padres, Tutores y Menores, de este tenor: “si se le ha hecho a la madre una inseminación con el consentimiento de su marido o del hombre con el cual cohabita en condiciones parecidas al matrimonio y si, teniendo en cuenta todas las circunstancias, es probable que el hijo haya sido concebido mediante la inseminación, la persona que dio su consentimiento será considerada como padre del hijo”.

En Estados Unidos, una treintena de estados regulan la inseminación artificial con semen de tercero y en todos ellos se declara legítimo el hijo nacido por ese procedimiento con consentimiento del marido, y a éste, padre, negando dicho calificativo y todo derecho al donante del semen respecto del nacido (a título de ejemplo, Oklahoma, California, Luisiana, Florida, Texas). La propuesta de legislación uniforme (aceptada por Alabama, California, Colorado, Delaware, Hawai, Illinois, Kansas, Minnesota, Nevada, New Jersey, North Dakota, Ohio, Rhode Island, Washington, Montana, Wyoming) es del siguiente tenor: “a) Si bajo la supervisión de un médico autorizado y con el consentimiento de su esposo la mujer es inseminada artificialmente con semen donado por un hombre que no es su esposo, el marido es considerado como padre del niño así concebido. El consentimiento del marido se hará por escrito y estará firmado por él y por su esposa...b) El donante de semen entregado a un médico autorizado para ser utilizado en la

Para el caso de *fecundación asistida con semen de tercero sin el consentimiento del marido* (1. b, b⁷), la solución parece clara y el marido nada tiene que ver con el hijo, aunque éste haya nacido en el matrimonio, pues falta tanto el elemento volitivo como el genético, que podrían ser indicios de paternidad. El hijo sería, por tanto, extramatrimonial y vinculado sólo a la madre, al ser ésta la que ha tomado la decisión de que el hijo nazca. Si el hijo es inscrito como matrimonial, en este caso, la paternidad marital podría ser impugnada.

Tratándose de parejas no casadas, si la *fecundación lo es con semen del compañero* (2. a), a pesar de que no se reconoce legalmente de forma expresa (salvo en la legislación francesa), la solución es semejante al caso de las parejas casadas: el hijo ha de ser atribuido, en principio, al varón o compañero que ha proporcionado el semen para la fecundación de esa mujer concreta, lo que conlleva racional y habitualmente, su consentimiento para la operación realizada. Si no ha habido

inseminación artificial de mujer casada distinta de la esposa del donante, no será considerado como padre del niño así concebido" (Uniform Parentage Act, Sec.5). El principio 15 del informe del Grupo de trabajo del Consejo de Europa (CAHBI-GT 87) es del siguiente tenor: "1. En caso de procreación artificial con gametos de donante la mujer que da a luz el hijo es considerada legalmente como madre y a) si está casada, su marido es considerado como padre y, si ha consentido la inseminación, él no puede impugnar la legitimidad del hijo basada en el solo hecho de la inseminación artificial; b) en el caso de pareja no casada, el compañero de la madre que ha dado su consentimiento no puede oponerse al establecimiento de responsabilidades paternas respecto del hijo a menos que pruebe que éste no ha nacido de la inseminación artificial. 2. Si las condiciones establecidas en los principios pertinentes han sido respetadas, ningún lazo de filiación entre los donantes de gametos y el niño concebido por la procreación artificial puede establecerse. Ninguna acción de alimentos puede intentarse contra el donante o por ése contra el niño".

La Ley española de 1988 adopta el mismo criterio analizado en su art. 8, 1: "Ni el marido ni la mujer cuando hayan prestado su consentimiento, previo y expresamente, a determinada fecundación con contribución de donante o donantes, podrán impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por consecuencia de tal fecundación". No obstante, esta prohibición ha de entenderse restrictivamente, es decir, para el supuesto referido (participación genética del donante y falta de relación biológica entre el hijo y el marido que consintió); fuera de tal caso, sería viable la impugnación de la paternidad del marido cuando la procreación del hijo tenga origen distinto de la por él consentida (nacimiento de la relación sexual de la esposa con tercero y no de fecundación artificial autorizada).

consentimiento del varón, la cuestión se complica, pues la decisión y responsabilidad única de ese nacimiento corresponde a la madre, y la situación se asemeja a la de la existencia de un donante anónimo: atribuir la paternidad al compañero, que ni quiso ni sabía el destino que se iba a dar a su material genético, puede ser excesivamente riguroso, por no decir falto de justeza.

Si la fecundación de las parejas no casadas se realiza *con semen de tercero y consentimiento del varón (2. b, a)*, cabe aplicar aquí los mismos principios y argumentos que en caso de matrimonio, lo que permite afirmar que la paternidad del nacido corresponde al varón que prestó el consentimiento, por asumir la responsabilidad y papel social de padre.²⁵

Si hay *ausencia del consentimiento del varón en el supuesto de inseminación artificial con semen de tercero en parejas no casadas (2. b, b)*, la única vía para configurar una paternidad sería por medio del reconocimiento voluntario, de complacencia, al no haber ni paternidad ni matrimonio, si bien, una vez dado este reconocimiento, la paternidad resultante no sería distinta en cuanto a sus efectos a otras paternidades formales.

Por último, si hablamos de la denominada *procreación asistida de una mujer sola (3)*, hay que partir de que podría darse esta situación, toda vez que la restricción insalvable para la reproducción asistida es “la actuación médica ante la esterilidad humana”. Si no existe consentimiento de varón, el nacido no tendrá otra filiación que la materna, pues se rompe cualquier lazo con el donante de semen.²⁶

25 Así lo ha visto la Ley española de 1988 cuando en su art. 8, 2 considera como escrito indubitado a los efectos del art. 49 de la L.R.C. el documento extendido ante el Centro autorizado que recoja el consentimiento del varón para la reproducción asistida. No será posible la impugnación de la filiación paterna por falta de relación biológica, salvo que el nacimiento del hijo sea debido a un hecho distinto de la fecundación artificial consentida por el varón, en cuyo caso, por no concurrir ni el elemento genético ni el volitivo, con lo que su consentimiento habría sido desatendido y engañado, cabría la impugnación de la paternidad.

26 Cabría aquí sostener, con carácter excepcional, que el hijo tuviera acción de reclamación de filiación frente al donante de semen, si se partiera, más que discutible, de la existencia de un derecho constitucional del nacido a investigar la paternidad. Si bien, ello exigiría que el donante de gametos conociera la posibilidad de ser demandado con antelación, para que actuara a sabiendas de las consecuencias futuras.

b) Posible relación del hijo con el donante de gametos en la inseminación artificial con semen de tercero

A continuación expondremos las teorías existentes sobre esta materia, entrando en un análisis detallado de cada una, así como una valoración crítica de sus argumentos:

1. Anonimato total del donante de gametos. Descansa esta tesis en ser la mejor forma de impedir cualquier relación jurídica y reclamación de derechos entre donante y nacido, para lo cual se acude al amparo de los siguientes alegatos:

- a) El interés de quienes deciden el nacimiento del nuevo ser indica y aconseja que no haya ninguna interferencia de otra persona, ni que el niño conozca su origen biológico para que no se produzca una desviación de afectos ni influencia del donante sobre él ²⁷.

No obstante, la aseveración anterior puede tambalearse desde el momento en que se hace prevalecer el interés de los padres al del hijo que, en suma, es el más precisado de protección²⁸.

- b) El derecho a la intimidad del donante y el de la pareja que opta por estas técnicas puede aconsejar el anonimato, pues la identificación del primero pondría de manifiesto la ineptitud genésica de alguno de los dos miembros de la pareja.

Es cuestionable que el citado derecho a la intimidad pueda ser entendido como un derecho absoluto, o bien que el interés que encierra y protege deba ceder ante otro que, en principio, es más valioso, cual es el derecho del hijo a conocer su origen biológico.

- c) El riesgo de una posible disminución de donaciones de gametos, al poder ser investigada y conocida la paternidad del donante es alegado en favor del anonimato²⁹ del donante.

27 Mantiene tal opinión el célebre "Informe Warnock" inglés, el de la Comisión Australiana y varios Proyectos de ley italianos y franceses. En Alemania, esta posición doctrinal es minoritaria.

28 En la elaboración de la Ley sueca, al referirse a este punto, la comisión correspondiente concluyó que "la mayoría de los argumentos hablan lógicamente a favor de que no se le excluya de los datos accesibles sobre la identidad del donante".

29 En Suecia, se produjo un notable descenso de donantes de semen desde que la Ley 1140/84 permitió que en el futuro pueda ser conocida la identidad de los donantes.

Este criterio meramente pragmático, que no ha de desdeñarse, no puede servir, sin embargo, como razón para quebrantar derechos reconocidos constitucionalmente y conexos con la dignidad de la persona y el derecho al libre desarrollo de la personalidad^{30 31}.

2. Anonimato relativo: accesibilidad sólo a datos biogenéticos del donante. Consiste en limitar el derecho del nacido a conocer datos genotípicos del donante, recogidos junto con la investigación sobre la salud y enfermedades transmisibles del donante, y archivados en los Centros especializados³².

3. Derecho al conocimiento de la identidad personal del donante. Esta posición doctrinal parte de la importancia que tiene la relación biológica entre el padre o madre y el hijo, que llega a convertirse en un derecho fundamental de la persona; de negarle tal derecho, los defensores de esta opinión consideran que se le oculta y disimula al hijo una realidad³³.

Con dos clases de personas se podría entrar en conflicto, si adoptamos tal opción: de una parte, con los padres jurídicos, a quienes

30 Se ha comprobado que en Suecia, pasado el primer momento de impacto de la Ley de 1984, la disminución de donantes ha sido pequeña, y que ha supuesto simplemente un cambio en el origen social de los donantes, que ya no son jóvenes estudiantes, como antes, sino las más de las veces personas casadas de edad media que ya tienen hijos.

31 La Ley española de 1988 garantiza el secreto de la identidad del donante (art. 2, 5), pero lo atenúa desde el momento en que permite al hijo y a la receptora obtener información sobre el donante y, excepcionalmente, revelar su identidad (art. 5.5, 2º y 3º).

32 Esta posición es la que afirma la Ley española de 1988 en su art. 5.5, 2º, en cuya virtud: "los hijos nacidos tienen derecho, por sí o por sus representantes legales, a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad personal. Igual derecho corresponde a las receptoras de gametos". Esta obtención de información general no se condiciona a necesidad ni otra circunstancia: bastará acreditar legitimación, sin más justificación.

33 Se trae a colación por los que sostienen este criterio que, dadas las similitudes existentes con la figura de la adopción, se ha constatado la necesidad psicológica que tiene el hijo de veracidad y sinceridad en este terreno, y de lo pernicioso que resulta el conocimiento por medios ajenos de su origen, con el consiguiente daño que puede acarrear para su sensibilidad, desarrollo psíquico y equilibrio afectivo el simple hecho de sembrar la duda sobre su nacimiento y progenitores.

podría molestar que el hijo supiera de su ineptitud para producir vida; de otro lado, con el donante, que puede temer que el hijo le reclame algo. En ambas situaciones, se entendería que debería ceder el interés menos valioso frente al de mayor entidad, que sería el del propio hijo.

Se ataca la defensa anterior con base en que el pretendido derecho de la intimidad del niño no puede llevarnos a reconocerle un derecho al conocimiento de un origen, fruto de la casualidad. Por lo demás, el que dona sus gametos puede imponer sus condiciones, y el que se sirve de ellos deberá respetar éstas, o bien abstenerse de su utilización. Si el hombre, llegada su madurez, tiene la curiosidad de conocer su origen, ésta podrá ser satisfecha por los procedimientos ordinarios, pero no recurriendo a medios extraordinarios, que atropellen lo que los padres quisieron mantener de forma reservada.

VI. DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

a) En general

Los problemas que acarrea la infertilidad femenina son de otra índole y más complejos que los surgidos de la infertilidad masculina, puesto que en la primera es más importante la participación de la mujer en la procreación, al intervenir no sólo con su óvulo, sino también con la gestación y alumbramiento. Es decir, que cuando una mujer precise de la colaboración ajena por no poder directamente alumbrar a un hijo, dicha colaboración puede consistir en la mera aportación del gameto femenino: si la aportación se limita al óvulo, el caso se subsume en lo tratado hasta ahora de donación de gametos; sin embargo, cuando la participación requerida de una tercera es con su propio útero para la gestación del hijo que la mujer que lo busca no puede llevar a término, los problemas se complican, y se origina la denominada “maternidad subrogada”, o “de sustitución”, o “madres de alquiler”.

Las cosas se agudizan desde el momento en que ya han surgido agencias intermediarias con ánimo de lucro, y contratos onerosos que albergan tales actuaciones. Tanto en la doctrinas española como europea, se rechaza tal género de prácticas, con algunas excepciones para los casos de colaboración altruista y sin remuneración alguna por la contraprestación. Mayor permisividad puede observarse en la doctrina y

tribunales anglosajones (sobre todo en USA), y en algún ordenamiento americano³⁴.

Sin entrar en el tratamiento y valoración de las prácticas de ese mercado degradante, rayano a conductas tipificadas penalmente, nos adentraremos en los supuestos en que otra persona (hermana, amiga) se brinda benévola y altruistamente a gestar un óvulo fecundado de la pareja o de la mujer que no puede en absoluto darle vida humana, y una vez nacido el nuevo ser no desea retenerlo como hijo propio, pues su actuación se limitó a ayudar a su amiga o hermana donde ésta la necesitaba.

b) Contratos sobre gestación de sustitución

Se suele afirmar que estos contratos son nulos por razón de su objeto (embrión humano, hijo por nacer, o los servicios de gestación contratados), o bien por ilicitud de la causa. Con ello se pretende evitar su génesis tanto a los intermediarios como a los padres; de manera que nos hallamos ante un contrato nulo de pleno derecho, así como son ineficaces todas las disposiciones sobre las obligaciones de la gestante (no fumar, no abortar, no realizar ciertas actividades, por ejemplo), cuya única responsabilidad sería extracontractual³⁵.

34 En Estados Unidos destaca el célebre asunto "Baby M" (Stern v. Whitehead), en el que el tribunal de instancia de New Jersey, en sentencia de 31 de marzo de 1987, estimó válido el contrato celebrado entre los matrimonios Stern y Whitehead, según el cual después de la concepción sólo la madre subrogada tenía derecho a decidir si abortaba o no, y resolvió que la niña M fuera con el Sr. Stern, al que reconocía como su padre, con base en el interés de la niña. En cambio, el Tribunal Supremo del mismo Estado, en apelación, resolvió con fecha de 3 de febrero de 1988 que el contrato de maternidad subrogada era nulo e inexigible, y declaró nulas las disposiciones contractuales que privaban a la gestante de su maternidad y la adopción de Baby M por la Sra. Stern; concedió a la madre biológica Sra. Whitehead sus derechos y obligaciones de madre, confirmando la decisión inferior en torno a la guarda de la niña, que fue concedida al padre biológico (donante del semen) Sr. Stern.

La "Ontario Law Reform Commission", 1985, en su recomendación 49 dice: "nacido un niño tras un acuerdo aprobado de maternidad subrogada, deberá ser entregado inmediatamente después de su nacimiento a los padres sociales. Cuando la madre subrogada se niegue a entregar el niño, el tribunal ordenará que éste sea entregado a los padres sociales...".

35 El Informe del Consejo de Europa (CAHBI-GT 87) considera también madre a la que alumbró el hijo, y el principio 14, tras considerar ineficaz cualquier contrato o acuerdo sobre maternidad de sustitución, establece que los Estados del Consejo

Para el caso de que la participación sea altruista, podría hablarse quizás de un *pacto de caballeros*, de personas serias, que se comprometen a cumplir lo pactado, aunque ello no sea jurídicamente exigible, con lo entraríamos en el campo de las denominadas obligaciones naturales, abandonando toda referencia al contrato gratuito, por lo que ya se ha dicho y razonado.

c) Maternidad jurídica

Frente al esquema tradicional en que la mujer pone el óvulo, fecundado en acto sexual, y luego lo gesta y da a luz al hijo, nos enfrentamos a una realidad bien distinta: la mujer que no busca ni desea en principio hijo propio y que no proporciona ni óvulo, ni acto sexual, sino que sólo pone su útero para gestar un óvulo ajeno. En otras ocasiones, la mujer gestante puede poner gameto propio, con lo que se acerca más al concepto de maternidad normal. Con todo ello, hablamos de tres posibles mujeres implicadas en el nacimiento del nuevo ser: la “comitente” que toma la iniciativa y la decisión última y es causa primera del nacimiento; la que proporciona el óvulo; y la que lleva a cabo la gestación. A veces, estas tres funciones pueden recaer en dos mujeres, en combinaciones distintas (la comitente pone gameto, además de la decisión original, y es otra la gestante; junto a la comitente colabora la gestante que pone también gameto propio)³⁶.

Tanto la mayoría de los especialistas médicos como juristas, legislaciones, proyectos e informes entienden que la función de todas las señaladas que más se acerca a la de madre es la de la mujer que durante

pueden, en casos excepcionales señalados por su Derecho nacional, prever que se pueda proceder a la fecundación de una madre de sustitución utilizando técnicas de procreación artificial si: a) la madre de sustitución no tiene ninguna ventaja material de la operación; b) esa madre puede en el momento del nacimiento optar por retener para sí al hijo.

El art. 10 de la Ley española de 1988 indica: “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna en favor del contratante o de un tercero”.

36 La Exposición de Motivos de la Ley española de 1988 habla de “maternidad de gestación” y “maternidad genética”, y aún podría hablarse de una tercera modalidad, la llamada “maternidad civil”, puramente formal, que correspondería a la mujer que ha buscado ese hijo que la naturaleza le niega, si fuera considerada como madre.

los nueve meses gesta y mantiene tal comunicación íntima con el nuevo ser³⁷.

d) Problemas particulares de paternidad en estos casos

Si la mujer gestante es casada, y se inscribe el nacido como hijo suyo, es de aplicación inicial la presunción de paternidad del marido, que podría impugnarla. También, el varón de la pareja comitente que prestó su consentimiento para la gestación y alumbramiento por la madre de gestación, podría reclamar dicha paternidad y triunfar esta reclamación.

Si la mujer gestante no es casada, no habrá paternidad legalmente determinada, hasta que así resulte de reconocimiento solemne, expediente registral, o acción de reclamación.

VII. LA FECUNDACIÓN ARTIFICIAL POST MORTEM

a) En general

En la inseminación artificial homóloga o heteróloga con hombre cierto, se plantea el problema de que el semen haya sido congelado y se produzca la inseminación artificial en la mujer, *post mortem*, es decir, una vez fallecido aquél.

Es el caso que se produjo en Francia, de la viuda Corinne Parpalaix, que trascendió a la opinión pública y quien obtuvo, tras habersele discutido, el derecho a ser inseminada con el semen de su marido muerto, que había sido congelado anteriormente.

Al respecto, se ha discutido la posibilidad o permisibilidad de la situación, entre cuyas opiniones y teorías destacamos las siguientes:

1. Prohibición absoluta³⁸.
2. No se puede prohibir dicha fecundación, pero sí debe privarse al póstumo de derechos sucesorios respecto de la persona cuyo

37 El art. 10, 2 de la Ley española de 1988 sigue este criterio: "la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto".

38 Ley sueca 1140/84, Informe de la Comisión del Consejo de Europa (CAHBI-GT 87), y la Proposición de ley sobre Inseminación Artificial presentada en la Asamblea Nacional Francesa de 25 de mayo de 1984.

fallecimiento se toma en consideración, o proporcione algún gameto, o dé su consentimiento para tal fecundación³⁹.

Esta teoría es cuestionable, pues confunde extremos, al privar sin razón aparente, de derechos sucesorios al nacido. Nacido un ser por inseminación artificial asistida *post mortem*, lo que importa es determinar su filiación y saber si es hijo del fallecido: si se estima que no cabe tenerlo por hijo, cualesquiera que fueran sus razones, no ha lugar al reconocimiento de derechos sucesorios; si, por contra, se estima que el nacido es hijo del fallecido, no es lógico la privación de tales derechos.

3. Posición permisiva, con ciertas condiciones (consentimientos expresos, plazo dentro del cual debe tener lugar)⁴⁰.

El debate se centra fundamentalmente entre la primera y tercera teoría, pudiendo traer aquí a colación los argumentos en uno y otro sentido vertidos para la fecundación en caso de una mujer sola, si bien en favor de la tesis permisiva cabría añadir aquí, en relación a la situación surgida de la fecundación por una mujer sola, que el hijo con fecundación *post mortem* sí que va a tener padre, aunque no lo conozca físicamente: tendrá filiación paterna y relación de parentesco con la familia del padre.

Por ello, con base en los textos constitucionales y la normativa legal, difícilmente podemos negar a la viuda o a la mujer que ha perdido a su pareja la fecundación *post mortem* con gametos del marido o compañero desaparecido. Todo ello sin perjuicio de que se condicione su realización al cumplimiento de determinados requisitos⁴¹.

39 Informe Warnock y Proposición de Ley del Grupo Socialista del Congreso de Diputados en España, que fue punto de partida de la que ha llegado a ser la Ley española de 1988.

40 Grupo de Trabajo de la D.G.R.N., Comisión de Ontario, y la Proposición italiana del diputado Teodori.

41 Esta es la posición adoptada en la Ley española de 1988, que en su art. 9, 1 establece el principio general: "No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por las técnicas reguladas en esta ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón", más en el párrafo 2º y 3º del mismo artículo salva ese principio en los siguientes términos, tanto para la unión matrimonial, como para la unión de hecho: "No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su material reproductor pueda ser utilizado, en los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial"; "El varón no unido por vínculo matrimonial, podrá hacer uso de la posibilidad contemplada en el apartado anterior...".

b) Requisitos legales para la fecundación artificial post mortem

1. El consentimiento del varón cuyo fallecimiento se toma en consideración. Este consentimiento puede producir sus efectos más allá de la muerte del que lo presta, pues además de la transmisión *mortis causa* de las relaciones patrimoniales, son susceptibles de transmitirse otros derechos y relaciones personales (acciones derivadas del derecho al honor, por ejemplo).

El consentimiento será concreto y específico, *ad hoc*, para practicar la fecundación asistida *post mortem*. Además, comportará indirectamente la asunción de la paternidad propia. Ha de ser un consentimiento formal, en escritura pública o testamento. Debe comprender que se consiente la fecundación artificial de la esposa o compañera, que se haga con empleo de su material genético, y que la procreación asistida se realice después de su muerte, sin que valga un consentimiento genérico al efecto. Ha de tratarse de un consentimiento exento de vicios, y es revocable en cualquier momento anterior a la realización de las técnicas.

2. Plazo para la utilización del material genético. Es lógico que se fije un plazo para su uso, pues de lo contrario se generaría una incertidumbre jurídica indefinida. Otra cosa bien distinta es cuál ha de ser el tiempo más conveniente y prudente, ese punto intermedio entre la precipitación y la indeterminación temporal.

No puede ser muy breve puesto que no todos los días son aprovechables para la fecundación, sino muy pocos al mes, amén de contar con que la situación anímica de la mujer tras la muerte del marido o compañero, u otras circunstancias físicas o de salud, pueden impedir estas prácticas⁴².

Por ello, se sugieren plazos más amplios para superar los escollos expuestos, bien fijando un tiempo límite⁴³, bien prorrogable judicialmente si concurriera justa causa (enfermedad de la mujer, por ejemplo).

42 La Ley española de 1988 fija el plazo para tal supuesto en seis meses siguientes al fallecimiento, el cual ha sido criticado por excesivamente corto, según las precisiones y contratiempos que se han señalado.

43 La Proposición italiana Teodori, 1985, instaura el plazo de cinco años siguientes al fallecimiento del marido, y el Grupo de Trabajo de la D.G.R.N., 1985, sugiere que el nacimiento se produzca en el plazo prudencial del año de luto y trescientos días más (los correspondientes al embarazo).

En cualquier caso, se entiende que el referido plazo será aquel dentro del cual se inicien las operaciones técnicas de reproducción asistida, sin ser necesariamente en ese tiempo cuando deba efectuarse aquella que origine efectivamente un embarazo.

c) ¿Tiene la mujer verdadero derecho subjetivo a la fecundación post mortem?

Conforme al famoso y ya reseñado “asunto Parpalaix”⁴⁴, podemos afirmar que la mujer adquiere un derecho al semen depositado por su marido o compañero, para utilizarlo o no. Tal derecho no lo adquiere por vía de donación, pues su contenido no es susceptible de ser objeto de un contrato típico; tampoco por la existencia del matrimonio, pues éste se disolvió desde el momento del fallecimiento de uno de los miembros del mismo. Surgiría, por tanto, *ope voluntatis*, además de por la disponibilidad del material genético, pero no nacería *iure successionis*, aunque el instrumento jurídico utilizado fuera un acto mortis causa, como es el testamento.

El derecho de la destinataria se traduce en la posible reclamación del semen del Centro que lo guarde, así como la obligación de éste de entregarlo, con lo que se genera un contrato atípico en favor de tercero, por ser su causa lícita y no contraria a las buenas costumbres, así como su objeto apto para el referido negocio, lícito en el contexto y con el fin previsto.

d) Filiación del nacido por inseminación artificial post mortem

La cuestión se resuelve con una remisión general a las reglas vigentes en materia de filiación, si bien pueden plantearse una serie de problemas con soluciones más que discutibles:

44 El Tribunal de Grande Instance de Creteil, en sentencia de 1 de agosto de 1984, admitió el contrato atípico entre el donante de semen y el Centro autorizado, e interpretando la voluntad del donante como una actitud de procrear y hacer a su esposa Corinne madre de un hijo común, tanto en vida como después de haber fallecido, por lo que acordó entregar a la viuda el semen depositado para su inseminación. Intentada ésta, fracasó, lo cual trasciende de lo que aquí nos interesa, cual es el derecho de la mujer a la fecundación asistida post mortem.

1. Pareja casada. Al nacer el hijo después de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, no goza de la presunción de paternidad, ni puede ser inscrito directamente como matrimonial. Se produce una ampliación del campo de acción de la filiación matrimonial, no en el sentido biológico (pues el hijo es del marido fallecido), pero sí jurídico por cuanto que el hijo que nacerá lo hará, probablemente, fuera del plazo máximo de gestación. Quizás habría que hablar de *“los efectos del matrimonio después de su disolución”*⁴⁵. En este caso se plantea un interrogante: ¿Cómo se inscribirá en el Registro la filiación matrimonial que surge, si se cumplen los requisitos del consentimiento y el plazo? Cabría, a título de solución, instar la inscripción del hijo con carácter matrimonial por la vía del consentimiento de ambos progenitores.

Cuando no concurren los requisitos legales (consentimiento y plazo), el nacido no es considerado como matrimonial. Cabría, entonces, la acción de reclamación de paternidad, si se llega a demostrar que la fecundación post mortem se pudo efectuar con material genético del fallecido (fuera del plazo legal, o con consentimiento que no cumpla los requisitos exigidos).

2. Pareja no casada. La única forma de acreditar legalmente la paternidad extramatrimonial es mediante expediente registral, si en él se prueba la concurrencia de los requisitos legales en el consentimiento y el plazo. Esta prueba sobre tales extremos puede ser considerada, de manera extensiva, como la de aquellos “otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo”, en los que fundar la acción de reclamación.

Se deja a salvo la acción de reclamación de la paternidad, que deberá ser ejercitada por los herederos del varón fallecido; incluso el propio hijo podría reclamar su filiación, aunque siempre con el riesgo de que la espera hasta la mayoría de edad haya podido extinguir los posibles efectos sucesorios.

⁴⁵ Expresión de Carbonnier: “effets du mariage après sa dissolution”.

Reflexiones sobre la infracción grave por dejar de ingresar*

Manuela Fernández Junquera**
Isabel García-Ovies Sarandeses**

1. PLANTEAMIENTO

Las infracciones tributarias graves se tipifican, como es sabido, en el art. 79 de la Ley General Tributaria en cinco tipos diferentes. De entre ellos, la falta de ingreso del total o parte de la deuda tributaria se recoge en el primer apartado y aunque los supuestos que vienen en los apartados siguientes originan, o pueden originar, todos ellos, en último término, directa o indirectamente, una falta de ingreso, el tipo definido es otro distinto. Es decir, que la falta de ingreso como tal, sólo se delimita en el apartado a) de dicho precepto. Pues bien, la infracción citada merece, a nuestro juicio, una reflexión.

Dice el art. 79, a) en su redacción actual que: *Constituyen infracciones tributarias graves las siguientes conductas:*

- a) Dejar de ingresar, dentro de los pasos reglamentariamente señalados, la totalidad o parte de la deuda tributaria, salvo que se regularice

* El presente trabajo fue presentado como “Comunicación” en el pasado Congreso Latino Americano de Derecho Tributario. Lisboa, Portugal.

** Profesoras de Derecho Tributario en la Universidad de Oviedo, España.

con arreglo al art. 61 de esta Ley o proceda la aplicación de lo previsto en el artículo 126 también de esta Ley.

Conviene recordar que tal redacción es consecuencia de la interpretación que tanto la doctrina como la jurisprudencia y hasta la propia Administración, venían haciendo del texto anterior¹, cuya generalidad daba lugar a la posibilidad de declarar la comisión de una infracción en cuanto no se hubiese atendido el pago dentro del periodo voluntario, sin entrar a distinguir si la Administración conocía o no la existencia de deuda tributaria, bien porque ella misma la hubiese liquidado, bien porque el sujeto pasivo la hubiese declarado sin efectuar el ingreso correspondiente. Tal situación, como decimos, fue objeto de duras críticas y no era aceptada por la doctrina ni por la jurisprudencia y la Administración que entendían que en tales casos no había comisión de infracción alguna, ya que la Administración contaba con los datos necesarios para exigir la deuda en apremio².

Sin embargo, la infracción grave continúa tipificándose como “dejar de ingresar dentro de los plazos reglamentariamente señalados la totalidad o parte de la deuda tributaria”, y esto ya no es así. Bien es cierto que se introduce a continuación una salvedad con la que se trata de impedir que se repita la situación anterior. En efecto, continúa el precepto señalando *salvo que se regularice con arreglo el artículo 61 de esta Ley o proceda la aplicación de lo previsto en el artículo 127 también de esta Ley*. Esta excepción, introducida por la Ley 25/1995, de 20 de julio, que reforma la Ley General Tributaria, establece unos nuevos contornos para este tipo de infracción grave sobre los que parece necesario hacer algunas reflexiones.

**

- 1 Decía el art. 79 antes de la Reforma de 1995 que: “constituyen infracciones graves las siguientes conductas:
a) Dejar de ingresar dentro de los plazos reglamentarios señalados, la totalidad o parte de la deuda tributaria, de los pagos a cuenta o fraccionados, así como de las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener.”
- 2 Por todos F. PÉREZ ROLLO, *Los delitos y las infracciones en materia tributaria*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1986, págs. 328 ss. Considera fundamental este autor la diferencia entre la omisión de una deuda de la que la Administración posee los datos suficientes para liquidarla o exigirla y la ocultación de la misma, bien por falta de presentación de la declaración de falseamiento de los datos correspondientes. Al decir de PÉREZ ROLLO, se trata de “conductas que evidencian

2. CONEXIONES ENTRE LA INFRACCIÓN GRAVE Y EL PAGO ESPONTÁNEO

Lo primero que debe hacerse es interpretar adecuadamente la relación entre el concepto de infracción grave tipificada y el contenido de estos dos artículos de la Ley General Tributaria, el 61 y el 127.

En relación con el artículo 61, parece claro que los supuestos en los que no va a entenderse cometida la infracción, porque así lo dice el propio artículo 79, son aquellos en que “se regularice” por el deudor tributario, lo que nos sitúa en el número 3 de dicho artículo, cuyo contenido es un poco más complejo de lo que a simple vista parece³.

Así, la posibilidad de regularizar se extiende, con arreglo a este precepto, tanto a deudas que deben ser ingresadas por el procedimiento de autoliquidación, como a deudas que, previa declaración del sujeto, deban ser liquidadas y exigidas posteriormente por la Administración. Parece que sólo la presentación tardía de las autoliquidaciones excluiría la comisión de la infracción tipificada en el artículo 79 a), puesto que la presentación tardía de la declaración afectaría en todo caso al tipo recogido en el apartado b) del mismo artículo, esto es, “presentar fuera de plazo

un grado muy diferente de peligrosidad” (pág. 329).

3 Según este precepto:

“Los ingresos correspondientes a declaraciones-liquidaciones o autoliquidaciones presentadas fuera de plazo sin requerimiento previo, sufrirán un recargo del 20 por 100 con exclusión de las sanciones que, en otro caso, hubieran podido exigirse pero no de los intereses de demora. No obstante, si el ingreso o la presentación de la declaración se efectúa dentro de los tres, seis o doce meses siguientes al término del plazo voluntario de presentación e ingreso, se aplicará un recargo único del 5, 10 o 15 por 100 respectivamente con exclusión del interés de demora y de las sanciones que, en otro caso, hubieran podido exigirse.

Estos recargos serán compatibles, cuando los obligados tributarios no efectúen el ingreso al tiempo de la presentación de la declaración-liquidación o autoliquidación extemporánea, con el recargo de apremio previsto en el artículo 127 de esta Ley”. Al “requerimiento” previsto en este artículo se ha referido indirectamente el reciente Real Decreto 1930/1998, de 11 de septiembre, por el que se desarrolla el régimen sancionador tributario, para dotarlo de un contenido tan amplio como era de esperar. En su artículo 4º admite la posibilidad de regularizar conforme al artículo 61.3 “antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización”.

Con independencia de que puedan existir notificaciones al estilo de las conocidas como “diligencias-argucias”, no parece que el término requerimiento pudiese reconducirse a ninguna actuación específica de los órganos de la Administración

previo requerimiento de la Administración tributaria o de forma incompleta o incorrecta las declaraciones o documentos necesarios para que la Administración tributaria pueda practicar la liquidación de aquellos tributos que no se exigen por el procedimiento de autoliquidación. La propia redacción que el artículo 79 recoge de este otro tipo excluye la infracción en caso de regularización puesto que considera como infracción el “presentar fuera de plazo *previo requerimiento de la Administración tributaria*”. *A sensu contrario* no existe infracción si se presenta tardíamente pero antes de que le sea requerida.

También habría que precisar más respecto a la inexistencia de infracción puesto que parece existir cierta contradicción entre los dos artículos que venimos comentando y de cuya interpretación conjunta debemos derivar el concepto de infracción. En efecto, el artículo 61 se refiere únicamente a la exclusión de las sanciones y, como dice PÉREZ ROYO, en ese caso la regularización funcionaría como una excusa absoluta, mientras que si no se considera cometida una infracción grave, podría considerarse cometida una de carácter simple, subsistiendo la sanción que corresponde a este comportamiento⁴.

La solución puede venir, desde nuestro punto de vista, por la interpretación del carácter sancionador del recargo que se viene llamando “único” o de “prórroga” del artículo 61⁵. No existe, porque se exceptiona en el artículo 79, apartados a) y b), infracción grave en caso de posterior regularización de la conducta del sujeto, pero ésta se penaliza a través de este recargo. Mantener el carácter indemnizatorio del mismo no parece tener ningún sentido, puesto que tal función de “neutralización financiera”⁶ corresponde a los intereses de demora.

Por referirnos también a éstos como integrantes de la deuda tributaria, es necesario insistir también en su justificación, que arranca precisamente de haber incurrido en mora en el cumplimiento de la

tributaria.

- 4 A su juicio se debe concluir que no procede ninguna sanción porque el pago espontáneo funciona como excusa absoluta. Cfr. *Comentarios a la Reforma de Ley General Tributaria*, Arazandi, Pamplona, 1999, pág. 248.
- 5 Es sobradamente conocida, y no merece la pena reproducirla, la polémica surgida en torno a la naturaleza de este recargo y los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional negando el carácter sancionador del mismo.
- 6 Utilizando la expresión del profesor PÉREZ ROYO, *Los delitos y las infracciones en*

obligación tributaria. Y decimos esto porque en la práctica el interés de demora se está exigiendo de forma automática en caso de incumplimiento de cualquier obligación de carácter tributario. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, al incumplimiento de la obligación de declarar en los casos en que esta obligación de declarar sea necesaria para que la Administración pueda liquidar determinados tributos. En estos casos se comete una infracción tributaria grave, también susceptible de regularización, como antes veíamos. Sin embargo, no parece lógico que se devenguen intereses de demora desde el día en que finalizó el plazo para presentar la declaración porque, obviamente, ese día no se va a realizar la liquidación y, en estos casos, ni siquiera se tienen los datos para proceder a la misma. Si existe una infracción grave lo que procede es sancionar en la forma más adecuada, modulando si se quiere dicha sanción. Si se regulariza posteriormente la conducta mediante la presentación de la oportuna declaración y es de aplicación el artículo 61, subsisten los recargos previstos en dicho artículo para penalizar el incumplimiento, pero en ningún caso, entendemos, procede incrementar la deuda con el interés de demora. Se ha cometido una infracción diferente, pero no se ha omitido el ingreso.

Volviendo al art. 79, a), parece que éste excluye del concepto de infracción los supuestos en los que el contribuyente acude al pago espontáneo. La referencia al art. 61 puede ser entendida como una manera indirecta de introducir el elemento intencional en la tipificación de la infracción por falta de pago, ya que en tales supuestos, el deudor ha realizado el pago espontáneamente fuera de plazo sin haber sido requerido por la Administración. Ahora bien, el mismo artículo excluye la infracción “cuando proceda la aplicación de lo previsto en el artículo 127”.

En la remisión a este artículo aún se precisa menos que en el caso del 61, puesto que no habla de regularización. Podría interpretarse, no obstante, que existe esa misma justificación de introducir el elemento intencional y que, en consecuencia se excluye la infracción en los supuestos del 127.1, segundo párrafo, es decir ‘cuando la deuda tributaria no ingresada se satisfaga antes de que haya sido notificada al deudor la providencia de apremio’. En ese caso, y aunque no se diga nada, como se hacía en el artículo 61, de la exclusión de sanciones, éstas no existirían por no haberse cometido la infracción de la que traen causa.

Es cierto que la interpretación es atrevida y que, como luego veremos, también se excluye la infracción en los casos en que proceda el

apremio de deudas liquidadas o autoliquidadas, pero la falta de concreción permite defender semejante criterio⁷.

Una vez más debe aprovecharse este comentario para echar en falta un tratamiento unitario de la regularización de las conductas tributarias que no dependa, como en la regulación actual del procedimiento de liquidación de cada tributo.

Otro problema que plantea el artículo 61 es del campo de aplicación de esta regularización, a la vista del amplio concepto de deuda tributaria que ahora ofrece el artículo 58 de la Ley General Tributaria.

Como venimos diciendo, este artículo permite el pago espontáneo fuera de plazo, y aunque el propio precepto, en sus dos primeros puntos sólo se refiere al pago, el propio contexto en el que se enmarca, dentro del Capítulo V dedicado a *La deuda tributaria*, hace entender que se refiere al pago de la deuda tributaria, en su nuevo sentido, y no exclusivamente al pago de la cuota. De ahí la conexión directa entre este precepto y el 58 en el que se determinan los elementos que constituyen la deuda tributaria, concepto que ha desbordado el inicial constituido por la cuota más los recargos que podían ser exigidos por distintas circunstancias. Ahora bien, mientras lo dicho es cierto para los apartados 1 y 2 del precepto, el 3 que es el que regula el pago espontáneo se refiere expresamente, a los ingresos correspondientes a declaraciones-liquidaciones o autoliquidaciones, es decir a las derivadas de cuotas tributarias. Siempre que estos términos se entiendan en su sentido más estricto, es decir, ligados a la realización de un hecho imponible y no a otro distinto, procedente de una aplicación literal de la LGT⁸.

materia tributaria, pág. 329.

- 7 Por otra parte, este criterio hermenéutico permite salvar los problemas prácticos que, como han puesto de manifiesto PÉREZ ROYO y AGUALLO, plantea la aplicación de dicho recargo. Cfr. *Comentarios a la Reforma de la Ley General Tributaria*, ob. cit., pág. 503 ss.
- 8 Tanto la definición de “declaración tributaria” del art. 102, como las de “liquidaciones tributarias” recogidas en el 120 y siguientes, servirían para defender el citado concepto. Por su parte la doctrina ha empezado a admitir sin reservas, que la presentación de declaraciones por retenciones son auténticas “autoliquidaciones”. Cfr. María T. MORIES JIMÉNEZ: *La retención a cuenta en el Impuesto sobre la renta de las Personas físicas*, ob. cit. pág. 267. P. ALGUACIL MARI: *la retención a cuenta en el ordenamiento tributario español*, Aranzadi, 1995, pág. 240-241. En consecuencia con ello, esta autora sostiene que, en el caso del retenedor, “al ingreso realizado con posterioridad a la finalización del período voluntario, y dado que se trata de una deuda autoliquidable, se le aplicará el régimen jurídico propio de éstas”, esto

En la actualidad la deuda tributaria es un concepto que ha sido calificado por la doctrina como meramente *instrumental*⁹. Pues bien, tal concepto, que para PÉREZ ROYO y AGUALLO AVILES, no presenta problemas especiales si lo que el legislador pretende se limita a una vocación de generalidad de la Ley, sí los puede ocasionar, y de importancia, si, como los autores señalados advierten, se pretenden equiparar todos los componentes actuales de la deuda, en todos los órdenes. Los citados autores ponen el dedo en la llaga al referirse expresamente a que no se debería de calificar como delito de defraudación la omisión de pagos fraccionados si luego van seguidos del ingreso correspondiente a la declaración anual. En definitiva, si luego se puede aplicar, también a estos supuestos lo previsto en el art. 61.3¹⁰.

No lo ha entendido así el TEAR de Andalucía que en una reciente Resolución de fecha 22 de diciembre de 1997¹¹, resuelve que los pagos fraccionados dejados de ingresar que posteriormente se regularizan con la declaración e ingreso final del Impuesto, no admiten los recargos del 61.2 de la LGT¹² sino que procede abrir expediente sancionador. Es decir que a pesar de que el sujeto pasivo al efectuar su declaración anual del IRPF deduce de su cuota líquida exclusivamente los pagos fraccionados efectivamente ingresados, con lo que inevitablemente regulariza los pagos in-cumplidos, el Tribunal se plantea si tal regulación puede equipararse más, al ingreso previsto en el art, 61,2 de la KGT.

es, el previsto en el artículo 61 (pág. 262).

- 9 Así lo definen F. PÉREZ ROYO y A. AGUALLO AVILES: *Comentarios a la reforma de la Ley General Tributaria*, ob. cit., pág. 165.
- 10 En realidad, este mismo problema se plantea también en el caso de los recargos, teniendo en cuenta que el artículo 58 los conceptúa igualmente como *deuda*. Aplicando analógicamente lo que dispone el artículo 100 del Reglamento General de Recaudación, parece que estos recargos serán liquidados y notificados por los órganos de recaudación. Así, si se paga tardía, pero espontáneamente, la cuota tributaria derivada del hecho imponible, se exigirá luego de forma independiente el recargo del artículo 61 pudiendo darse el caso de que no se atienda por el deudor al pago del mismo. En este caso vuelve a surgir el problema de si, dada su consideración de deuda, puede ser exigida incrementada en el correspondiente recargo de apremio. Así se está procediendo en la práctica y, sin embargo, creemos que quizás debiera matizarse algo más el concepto de deuda para evitar esta cadena ininterrumpida de recargos sobre recargos que no parece del todo congruente.
- 11 Recogida en el nº 183 de la Revista de Estudios Financieros.

Como veremos, el citado Tribunal no se plantea que la posibilidad del pago espontáneo del art. 61 no haya sido prevista para los pagos fraccionados, ya que el precepto, también antes de la reforma, sólo se refería al pago espontáneo de declaraciones-liquidaciones y de autoliquidaciones, lo que evidencia que las insuficiencias de la actual regulación de muchos de los conceptos básicos de nuestro Ordenamiento, se suplen por los Tribunales dándolos por hecho. De este modo, para negar la posibilidad del pago espontáneo en este caso, el Tribunal parte de la distinción entre las dos obligaciones, la de efectuar el pago fraccionado y la de pagar el Impuesto, como obligaciones autónomas e independientes, y así entendidas afirma que la primera nunca llegó a cumplirse, ni siquiera tardíamente, no admitiendo la regularización pasiva, por diferencia, que efectúa el sujeto pasivo. La interpretación que hace del art. 61 es tan estricta, aunque en sentido distinto del señalado por nosotros, que le lleva a señalar que como la regularización cuestionada no siempre conlleva un ingreso, o un mayor ingreso, en efecto si la cuota diferencial fuese negativa la regularización podría conducir a una menor cantidad a devolver, esta situación dificultaría aún más la aplicación del art. 61.2.

El Tribunal continúa discutiendo sobre la finalidad del pago fraccionado, anticipar los fondos *reglamentariamente* (sic) exigibles para darle suficiente liquidez a la Hacienda Pública para hacer frente a las cargas públicas, a cuyo sostenimiento todos tenemos el deber de contribuir. De ahí que frente a la más amplia finalidad del IRPF que consiste en permitir el sostenimiento de las cargas públicas, mediante el pago de la deuda tributaria, la finalidad de los pagos fraccionados es la de proporcionar la suficiente liquidez, todo ello sin perjuicio de su compensación posterior, lo que permite caracterizar estos pagos como obligación accesoria.

A nuestro juicio, el TEAR de Andalucía le otorga a los pagos fraccionados los caracteres propios del tributo, confundiendo la esencia de ambas obligaciones, tanto en su justificación como en sus fines, además de hacer afirmaciones peligrosas, como la naturaleza reglamentaria de la obligación. Deja sin embargo, en último lugar, el argumento, para nosotros de mayor alcance, cuando dice que el art. 79 (en su redacción anterior a la Ley 10/95), considera como tipos de infracción diferentes dejar de ingresar por un lado, la deuda tributaria y, por otro, los pagos fraccionados.

Pero sin negar que pueda haber dos infracciones distintas¹³, también es cierto que en la dos puede darse la situación del pago espontáneo. Lo que sucede es que la dependencia y el carácter accesorio de la obligación del pago fraccionado respecto de la deuda principal por declaración anual, debe llevarse hasta sus últimas consecuencias que en este caso no son otras que admitir la aplicación en tales supuestos del pago espontáneo al fraccionado no hecho en su momento.

En conclusión, y por lo que respecta a la delimitación de la infracción por falta de pago con la posibilidad de pago espontáneo, hemos de decir que a pesar de la referencia exclusiva del art. 61.3 a declaraciones-liquidaciones y autoliquidaciones¹⁴, el pago espontáneo puede admitirse también para las retenciones y para los pagos a cuenta y fraccionados, aunque en estos últimos supuestos el pago se haga en el ajuste final con la declaración anual. No procede pues, en ninguno de los supuestos, la apertura del procedimiento sancionador.

3. CONEXIONES ENTRE LA INFRACCIÓN GRAVE Y EL PROCEDIMIENTO DE APREMIO

Nos queda por examinar la relación entre el concepto de infracción grave del artículo 79 y su delimitación negativa por remisión del artículo 127 a la que, parcialmente, ya tuvimos ocasión de referirnos.

Así, se puede entender que se excluye la infracción grave en ese supuesto de regularización previsto en el segundo párrafo del aparte 1 de este artículo, pero también parece importar fijar la frontera entre la infracción grave por dejar de ingresar y la aplicación del procedimiento de apremio, hasta el punto de que se nos muestra como el nudo gordiano de la definición de la infracción grave por falta de ingreso.

12 Se refiere al precepto antes de su reforma por la Ley 25/1995.

13 En esos casos se daría, un concurso de infracciones.

14 No es éste el lugar para comentar las insuficiencias por falta de actualización y de sistemática interna, de conceptos añejos dentro de la Ley General Tributaria, cuya actualización y adaptación a las circunstancias actuales están aún por resolver. Sin duda una de ellas es la expuesta relativa a los conceptos de declaración-liquidación y autoliquidación que con la Ley en la mano se alcanza el resultado visto, desacerde

El período ejecutivo, y la eventual apertura dentro de este período del procedimiento de apremio¹⁵, se inicia, como señala el punto 3 del precepto anterior, dependiendo de la clase de deuda de que se trate. En este sentido se distinguen dos situaciones: que se trate de deudas liquidadas por la Administración, o que se trate de deudas a ingresar por declaración-liquidación o por autoliquidación. El elemento que ambas situaciones tienen en común es el de tratarse de deudas ya cuantificadas, es decir, liquidadas, bien directamente por la Administración, bien por el propio sujeto pasivo, aunque sin ir acompañadas del correspondiente ingreso, pero en los dos casos la Administración conoce su existencia y cuantía.

Pues bien, siempre que exista una deuda tributaria conocida por la Administración y cuyo pago no se haya atendido, procederá acudir para su cobro al procedimiento de apremio. Podría pensarse que la remisión del art. 79 al 127 no es genérica a todo lo que dispone el 127, sino sólo referida a lo dispuesto en el segundo párrafo de su punto 1, que ya tuvimos ocasión de comentar, es decir a los supuestos en los que se paga, de forma espontánea, antes de que le haya sido notificada al deudor la providencia de apremio. Tal interpretación guardaría cierta coherencia con la referencia hecha al art. 61, como hemos visto. Sin entrar ahora en los problemas de delimitación entre los dos preceptos —el 61 y el segundo párrafo del 127.1—, creemos que esto no es lo que ha querido el legislador cuando reformó la tipificación de la infracción tributaria grave por falta de pago. En todo caso, la referencia al 127 sin distinción alguna nos obliga a aplicar la máxima de no distinguir donde la Ley no distingue. Siendo ello así, nos encontramos con que los únicos supuestos a los que se pueda referir la Ley son los supuestos en los que el sujeto infractor ha ocultado o no ha presentado a la Administración, las declaraciones exigidas por las leyes, o los datos requeridos por la Administración, o los ha presentado de forma incorrecta. En definitiva, situaciones que, evidentemente, no pueden originar el apremio porque la Administración no ha tenido los datos necesarios para conocer y cuantificar la obligación tributaria.

total con la realidad actual.

15 Si distinguimos lo que el legislador ha parecido confundir, es decir, la vía de apremio

Ahora bien, dentro de éstos, hay que distinguir los dos supuestos conocidos, o bien las declaraciones-liquidaciones y las autoliquidaciones, o bien los datos y declaraciones para que liquide la Administración. Y de ellos sólo podrán ser considerados los primeros, ya que los segundos entran dentro de las infracciones tipificadas en el apartado b) del art. 79. Infracciones que, como ya dijimos al inicio, conducen también a una falta de ingreso, pero que no se tipifican como tal porque en estos casos el legislador ha preferido tipificarlas acudiendo al elemento intencional que se pone de manifiesto en el hecho de no presentar las declaraciones o datos exigidos, o de presentarlos de forma incorrecta.

En definitiva, aunque la Ley no lo diga expresamente, la única infracción grave tipificada en el apartado a) del artículo 79 no es tanto la falta de ingreso en cuanto tal, sino la falta de ingreso que se deriva por no haber presentado la declaración-liquidación o la autoliquidación correspondiente o por haberlas presentado de forma incorrecta¹⁶. Esto ya fue advertido por la doctrina¹⁷, pero creemos que debe insistirse en ello. Pero además otra observación. Efectivamente la doctrina se refiere a las declaraciones-liquidaciones y a las autoliquidaciones, quizás porque a ellas se refiere expresamente el art. 61, pero si entendemos tales expresiones en su sentido estricto, es decir referidas exclusivamente a cuotas tributarias, quedarían fuera los supuestos de declaraciones por

de su procedimiento, como tal.

16 Por ello mismo, resulta muy difícil la interpretación del artículo 61.3, segundo párrafo, que hace compatibles los recargos de dicho artículo con los de prórroga en caso de presentación de declaraciones-liquidaciones o autoliquidaciones extemporáneas sin ingreso. Entendemos que, en estos supuestos será la Administración la que tenga que reclamar dicho ingreso acudiendo al procedimiento de apremio, en cuyo caso no se entenderá cometida la infracción y no procederá, por tanto, la imposición de sanciones, al tratarse de una deuda liquidada. Acumular los recargos de prórroga y de apremio parece una medida tan dura que resultará, sin duda, disuasoria.

Si el propio sujeto decide ingresar la deuda con posterioridad a la presentación de la declaración-liquidación, entendemos que debe serle de aplicación el primer párrafo del artículo 61.3, puesto que lo contrario supondría tratar peor al que por lo menos ya había tratado de regularizar parcialmente su situación tributaria con la puesta en conocimiento de la Administración de sus datos.

17 Vid. en este sentido J.J. ZORNOZA PÉREZ, *El sistema de infracciones y sanciones tributarias (los principios constitucionales del derecho sancionador)*, Civitas, Madrid, 1992, pág. 238 y F. PÉREZ ROYO, *Comentarios a la Reforma de la Ley General*

pagos a cuenta o fraccionados y por retenciones e ingresos a cuenta. E indudablemente, también a éstos se refiere la infracción tipificada en el apartado a).

Todo lo expuesto nos reitera en la idea que hemos tratado de manifestar desde el principio y que no es otra que tras la reforma de 1995 es posible afirmar que no existe infracción tributaria grave que se tipifique exclusivamente como “dejar de ingresar” la totalidad o parte de la deuda tributaria. Lo que no significa desconocer que a través de la omisión de presentación de declaraciones-liquidaciones o autoliquidaciones o de su presentación incorrecta, así como de las declaraciones por pagos fraccionados y retenciones, no se llegue al mismo resultado: dejar de ingresar la totalidad o parte de la deuda tributaria. Pero de la misma manera que se insiste en ello y no en la falta de ingreso que se deriva ineluctablemente de dicha omisión en el apartado b) del art. 79, debería de tipificarse de igual modo para los casos de autoliquidación. *Es el elemento de engaño que parece acompañar a toda omisión de declaración o a su incorrección de la que, en último término depende la comisión de la infracción.* De este modo no habría problemas de delimitación, en la tipificación de la infracción, con otros preceptos de la Ley.

Ahora bien, también aquí el nuevo concepto de deuda exige una reflexión. Parece claro que lo dicho hasta ahora, puede admitirse para un concepto restringido de deuda tributaria, o si se quiere para el *inicial* concepto de deuda tributaria del art. 58 antes de la Reforma de 1995, que se limitaba, como ya hemos dicho, a la cuota tributaria determinada en el art. 55 y los posibles recargos sobre la misma. En último término a la deuda debida por la realización de un hecho imponible, por la manifestación de capacidad contributiva del sujeto pasivo. Y ello por algo tan simple como que no está tan claro que para el resto de los componentes actuales de la deuda tributaria (pagos a cuenta, fraccionados, retenciones e ingresos a cuenta), la LGT tenga previsto el apremio. Por tanto, era claro que hasta la reforma de 1995 el procedimiento de apremio se limitaba exclusivamente al cobro de la deuda tributaria constituida por la cuota más los recargos¹⁸, y ello con independencia de las

Tributaria, ob. cit., pág. 249.

18 Vid. por todos A.LÓPEZ DÍAZ: *La recaudación de deudas tributarias en vía de*

disposiciones sobre la ejecución de los débitos a favor de la Hacienda Pública contenidas en la LGP¹⁹. Pero lo cierto es que la LGT en su art. 128 no se refería a otra deuda que a la procedente de la liquidación de hechos imponibles.

En la actualidad es necesario plantearse la posibilidad de acudir a la vía de apremio para el cobro de las deudas tributarias derivadas de la omisión de pagos a cuenta o fraccionados, así como de retenciones e ingresos a cuenta. Será necesario acudir a los preceptos genéricos contenidos en la LGP para defender la recaudación ejecutiva para este tipo de deudas. Pero aún así, es necesario distinguir entre sus componentes, ya que, mientras en los supuestos de retenciones e ingresos a cuenta nos encontramos con dos sujetos distintos y dos deudas autónomas, en los supuestos de pagos a cuenta o fraccionados la situación es otra, al tratarse de un mismo sujeto y de una deuda que no es más que el anticipo de la deuda principal, por lo que en estos casos el apremio se efectuará únicamente ante la falta de ingreso por la cuota resultante de la declaración anual. Así las cosas, sólo ante la falta de ingreso de un pago a cuenta o fraccionado, para el que no cabe el procedimiento de apremio, podría tener cabida el tipo de la infracción tributaria grave. Ahora bien, ni siquiera en estos supuestos la doctrina ha admitido sin reservas la comisión de la infracción grave, en parte por la dependencia de estos ingresos de la declaración anual²⁰. En efecto, en la actualidad el cobro por esta vía de las deudas procedentes de la falta de ingresos de pagos a cuenta o fraccionados, se presenta más que dudoso, ya que al depender del resultado final de la correspondiente declaración anual, sólo cuando ésta no se ingrese se podrá ejecutar en apremio. Pero el apremio se girará sobre la cuota definitiva y no sobre el pago fraccionado.

Más discutible, como acabamos de señalar, es el supuesto de las omisiones de ingreso de retenciones e ingresos a cuenta, por tratarse de deudas autónomas y con sujeto distinto del sujeto de la deuda principal. En tales casos, a nuestro juicio, la vía de apremio la facilita la LGP pero

apremio, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 169 y ss.

19 Arts. 31 y 32 de la LGP.

20 Vid. a A. AGUALLO AVILES: "Infracciones" en *Comentarios a la Ley General Tributaria y Líneas para su reforma*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1985, pág. 1.171, y E. SIMÓN ACOSTA y otros, *Cuestiones Tributarias Prácticas*, La Ley, segunda edición, Madrid, 1990, pág. 699.

no la LGT cuyas referencias al cobro de la deuda tributaria se hicieron siempre a la deuda entendida como cuota más recargos exclusivamente. Ahora bien, para que la Administración pueda proceder al apremio, como ya sabemos, tiene que haber tenido conocimiento a través de la presentación por el propio retenedor de la declaración correspondiente a las cantidades retenidas pero no ingresadas.

Así las cosas, la situaciones pueden ser las siguientes:

- A) Que se pueda acudir al apremio, por lo que al proceder el apremio, queda excluida la infracción. Para ello, en los supuestos de autoliquidaciones o declaraciones, tiene que haber existido declaración previa con omisión del ingreso que corresponda. En ese caso, los posibles supuestos son los siguientes:
 - a) Omisión de la cuota: procede el apremio por la aplicación del 127 de la LGT.
 - b) Omisión de pagos a cuenta o fraccionados: No procede el apremio hasta que se haga la declaración anual. En su caso el apremio procederá si no se ingresa por la declaración anual.
 - c) Omisión de retenciones e ingresos a cuenta: procede el apremio por aplicación del 31 y 32 de la LGP.
- B) Que no se pueda acudir al apremio por lo que se comete una infracción grave.

Se trata, *contrario sensu*, de aquellos casos en los que la Administración desconoce la existencia de una deuda tributaria porque el sujeto pasivo o retenedor no ha presentado la declaración-liquidación o autoliquidación correspondiente.

- a) Omisión de la cuota tributaria: Cabe la comisión de infracción grave.
- b) Omisión de pago a cuenta o fraccionado: Dependerá de la declaración anual con el correspondiente ingreso u omisión de la cuota. Si hay ingreso de la cuota anual, el ingreso posterior actúa como ingreso extemporáneo y suprime la infracción. Si no lo hay se dará un concurso de infracciones subsumiéndose la primera en la segunda.

De alguna forma esta interpretación puede verse respaldada por lo que dispone el artículo 305.2 del Código Penal a los efectos de

determinar la cuantía en caso de delito contra la Hacienda Pública. Así, “si se trata de tributos, retenciones, ingresos a cuenta o devoluciones, periódicos o de declaración periódica, se estará a lo defraudado en cada período impositivo o de declaración, y si éstos son inferiores a doce meses, el importe de lo defraudado se referirá al año natural”.

- c) Omisión de las retenciones e ingresos a cuenta: Cabe la comisión de infracción grave, al tratarse de un sujeto distinto y una deuda distinta de la principal.

4. CONCLUSIONES

- 1^a. Tanto cuando se paga espontáneamente fuera de plazo como cuando se aplica el procedimiento de apremio se excluye la sanción pero se penaliza el pago fuera de plazo. Una interpretación conjunta del concepto de infracción grave y de la regularización voluntaria por parte del deudor tributario nos conducen inevitablemente a defender la naturaleza sancionadora que corresponde tanto a los recargo de prórroga, como al propio recargo de apremio.
- 2^a. La tipificación de una infracción grave por remisión a dos preceptos distintos de la misma Ley exige su interpretación, ya que su aplicación no siempre es automática. Mas aún, se presenta en ocasiones, polémica. Ello conculca a nuestro juicio el principio de legalidad que ampara la tipificación de la infracción, dejando así que la determinación de si se ha cometido o no una infracción quede a la interpretación, en la mayoría de los casos, de la propia Administración y por la aplicación de preceptos distintos.
- 3^a. En ningún caso la falta de ingreso de un pago a cuenta o fraccionado puede originar la comisión de una infracción tributaria grave.

SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

Tasas máximas de intereses
Tribunal: Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de
Justicia Sentencia del 19 de febrero de 1981
Ponente Dr. René de Sola
Demanda por ilegalidad incoada por el Dr. Henry Pereira G.
contra varias resoluciones del Banco Central de Venezuela
en las que se fijaban por dicho órgano las tasas de intereses
para algunos entes del sector bancario y financiero nacional

LA REPÚBLICA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
EN SALA POLITICO - ADMINISTRATIVA

En el libelo presentado el 24 de noviembre de 1980, el ciudadano HENRY PEREIRA GORRIN, procediendo por sus propios derechos y alegando el interés que le confiere su profesión de abogado, la cual le impone la obligación “moral y cívica de la defensa específica de las instituciones jurídicas sobre las que descansan la organización democrática y legal del Estado Venezolano”, procedió a demandar la nulidad por ilegalidad de las siguientes resoluciones del Banco Central de Venezuela:

Resolución Nro. 80-11-03, de fecha 11 de noviembre de 1980
Resolución Nro. 80-11-09, de fecha 11 de noviembre de 1980
Resolución Nro. 80-11-04, de fecha 17 de noviembre de 1980
Resolución Nro. 80-11-14, de fecha 17 de noviembre de 1980
Resolución Nro. 80-11-05, de fecha 17 de noviembre de 1980
Resolución Nro. 80-11-10, de fecha 17 de noviembre de 1980

Las Resoluciones indicadas en las letras a) y b) fueron publicadas en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nro. 32.111, y las indicadas en las letras c), d), e) y f), en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nro. 32.113.

Sostiene el demandante que de acuerdo a la legislación vigente en Venezuela, la tasa máxima de interés permitida en caso de préstamo no podrá exceder en ninguna forma del doce por ciento (12%) anual, y al efecto invoca expresamente lo dispuesto en los artículos 1746 del Código Civil, 108 del Código de Comercio y 1º del Decreto-Ley Nro. 247 del 9 de abril de 1946; y que “las otras disposiciones legales que de alguna manera regulan lo relativo a la fijación de intereses máximos, pero sin fijar propiamente la tasa (Ejemplo: Ley de Protección al Consumidor, art. 6; Ley del Banco Central de Venezuela, art. 46; etcétera), correspectivamente impone la obligación de que sea respetada la legalidad que se deriva de las transcritas normas por parte del Ejecutivo o por alguna otra persona de Derecho Público, como el Banco Central (Artículo 117 de la Constitución Nacional)”

Señala luego que en cada una de las Resoluciones impugnadas se autoriza a los Bancos y Sociedades Financieras a cobrar intereses hasta el doce por ciento (12%) anual por las respectivas operaciones a que aquéllas se refieren, y se establece además que estos mismos institutos podrán cobrar también comisiones por todos los servicios y operaciones accesorias, relaciona directa o indirectamente con el otorgamiento de crédito o préstamos y por otros conceptos. Alega seguidamente que dichas Resoluciones son ilegales al autorizar el cobro de intereses “que exceden de la tasa máxima permitida por la legislación vigente (Decreto-Ley 247, Código Civil y Código de Comercio), PUES AUNQUE EN DICHAS RESOLUCIONES SE HABLA DE COMISIONES”, éstas (a excepción de las “comisiones por cobranza”) no son tales y por el contrario SON VERDADEROS INTERESES DISFRAZADOS CON ESE NOMBRE DE “COMISIONES”.

Agrega el impugnante que etimológica y jurídicamente interés de capital significa la retribución, utilidad, ganancia, lucro, producido por ese capital en forma completamente independiente de cualquier prestación accesoria por parte del dueño del mismo; y que, en cambio, la comisión corresponde a la retribución de un servicio realmente prestado, según debe interpretarse el artículo 46 de la Ley del Banco Central cuando

establece: “Asimismo, queda facultado (el Banco Central) para fijar comisiones o recargos máximos y mínimos causados por las operaciones accesorias y los distintos servicios a los cuales califique como relacionados directa o indirectamente con las mencionadas operaciones activas o pasivas”.

Sobre la base de sus anteriores alegatos, concluye el recurrente demandado la nulidad de las mencionadas Resoluciones del Banco Central de Venezuela a las que imputa específicamente vicios de ilegalidad en la forma siguiente:

PRIMERO: LA RESOLUCION Nro. 80-11-03, de fecha 11 de Noviembre de 1980, por ser violatoria del artículo 1º. (Última parte) del Decreto-Ley 247 y del Artículo 108 del Código de Comercio, al fijar en el Quince por ciento (15%) la tasa de interés máximo anual que podrán cobrar los bancos comerciales por los prestamos o créditos que otorguen.

SEGUNDO: LA RESOLUCION Nro. 80-11-09, de fecha 11 de Noviembre de 1980, por ser violatoria de las siguientes disposiciones legales:

del artículo 1º (última parte) del Decreto-Ley 247

del artículo 1.746 (última parte) del Código Civil, y

del artículo 108 del Código de Comercio, al fijar en el veinte por ciento (20%) para el primer año, y en el dieciocho por ciento (18%) para los siguientes años, la tasa de intereses ajustables que los Bancos Hipotecarios podrán cobrar por los créditos o préstamos que otorguen a plazos mayores de tres años, destinados para la adquisición de viviendas cuyo precio de venta exceda de Bs. 250.000,00 para la adquisición de edificaciones distintas de viviendas, cualesquiera sea su precio de venta, con excepción de las destinadas a fines educacionales y asistenciales y para los traspasos, subrogaciones y cancelaciones de los préstamos señalados anteriormente.

TERCERO: LAS RESOLUCIONES Nros. 80-11-04 y 80-11-14, ambas de fecha 17-11-80, por ser violatorias en conjunto de las siguientes disposiciones legales:

del artículo 1º (última parte) del Decreto-Ley 247,
del artículo 1.746 (última parte) del Código de Civil

del artículo 108 del Código de Comercio, al fijar tasas de intereses superiores a los límites establecidos por dichas normas, para ser cobrados por los Bancos Hipotecarios, de la siguiente manera:

Dieciséis por ciento (16%) anual (más un tres por ciento de una sola vez, lo que para el primer año elevaría el interés al 19%) por los préstamos distintos a los sometidos al régimen de intereses ajustables, para el financiamiento de obras de urbanismo y a la construcción, mejoras y modificaciones de inmuebles (véase artículo 1º y Parágrafo Primero del artículo 2 de la Resolución 80-11-04, y artículo 1 de la Resolución 80-11-14).

TRECE POR CIENTO (13%) ANUAL (más un 2% una sola vez, lo que para el primer año elevaría el interés al 15%) por los préstamos para la adquisición de vivienda cuyo precio de venta sea superior a Bs. 350.000,00 (véase Parágrafos Segundo del artículo 2 de la Resolución 80-11-04, en concordancia con el artículo 2 de la Resolución 80-11-14)

DOCE POR CIENTO (12%) (más un 2% por una sola vez, lo que en el primer año elevaría el interés al 14%) por los préstamos de entrega inmediata para la adquisición de edificaciones destinadas a fines educacionales y asistenciales, (véase artículo 1 y letra b del artículo 2 de la Resolución 80-11-04).

La violación del artículo 1746 (última parte) del Código Civil, imputada a las Resoluciones a que se refieren los particulares Segundo y Tercero que anteceden, deriva del hecho de que según la Ley General de Banco y Otros Institutos de Crédito (artículo 33) los préstamos que otorgaren los Bancos Hipotecarios deberán estar siempre garantizados con hipoteca inmobiliaria.

CUARTO : LAS RESOLUCIONES Nro. 80-11-05 y 80-11-14, ambas de fecha 17-11-80, por ser en conjunto violatorias de las siguientes disposiciones legales:

del artículo 1 (última parte) del Decreto-Ley 247,
del artículo 1746 (última parte) del Código Civil, y
del artículo 108 del Código de Comercio,

al fijar tasas de interés superiores a los límites establecidos por dichas disposiciones legales para ser cobradas por las Sociedades Financieras por los préstamos o créditos distintos a los sometidos al régimen de intereses ajustables, de la siguiente manera:

DIECISEIS POR CIENTO (16%) ANUAL (más un 3% por una sola vez, lo que para el primer año elevaría el interés al 19%) por los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliarias, distintos a los sometidos al régimen de intereses ajustables, destinados al financiamiento de construcción, mejoras y modificaciones de inmuebles y desarrollos urbanísticos relacionados con los mismos (véase artículo 1 y artículo 2, letra a) y Parágrafo Primero, de la Resolución 80-11-05, y artículo 1º de la Resolución 80-11-14)

TRECE POR CIENTO (13%) ANUAL (más un 2% por una sola vez, lo que para el primer año elevaría el interés al 15%), por los préstamos garantizados con hipoteca inmobiliaria, distintos a los sometidos al régimen de intereses ajustables, destinados al financiamiento para la adquisición de viviendas cuyo precio de venta sea superior a Bs. 250.000,00 y no mayor de Bs. 350.000,00 (véase artículo 1 y artículo 2, letra b) y Parágrafo Segundo, de la Resolución 80-11-14)

DIECISIETE POR CIENTO (17%) ANUAL, por los préstamos o créditos distintos a los sometidos al régimen de intereses ajustables y distintos también a los indicados en el artículo 2 (véase artículo 1 y 3 de la Resolución 80-11-05)

DIECINUEVE POR CIENTO (19%) ANUAL, por los préstamos o créditos destinados al financiamiento de la adquisición de vehículos automotores nuevo (véase artículo 1 y 3 de la Resolución 80-11-05)

VEINTE POR CIENTO (20%) ANUAL, por los préstamos o créditos destinados al financiamiento de la adquisición de vehículos automotores usados (véase artículos 1 y 3 de la Resolución 80-11-05)

La violación del artículo 1746 del Código Civil deriva del hecho de la exigencia de la garantía hipotecaria, conforme se indica en el artículo 2 de la impugnada Resolución 80-11-05.

QUINTO: LA RESOLUCION Nro. 80-11-10, de fecha 17 de Noviembre de 1980, por ser violatoria de las siguientes disposiciones legales:

del artículo 1 (última parte) del Decreto-Ley 247,
del artículo 1746 (última parte) del Código Civil, y
del artículo 108 del Código de Comercio,

al fijar en el VEINTE POR CIENTO (20%) para el primer año y el DIECIOCHO POR CIENTO (18%) para los siguientes años, la tasa de intereses ajustables que las Sociedades Financieras podrán cobrar por los préstamos o créditos que otorguen a plazos mayores de tres años para la adquisición de viviendas cuyo precio de venta exceda de Bs. 250.00,00, así como para los traspasos, subrogaciones y cancelaciones de tales préstamos; para la construcción, mejoras y modificaciones de edificaciones industriales, y para todos los demás préstamos, con excepción de los destinados a la construcción, mejoras y modificaciones de las edificaciones distintas a las señaladas en el literal b) de ese mismo artículo (véase artículos 1 y 2 de la Resolución 80-11-10, en concordancia con el artículo 1º de la Resolución 80-04-02, de fecha 11-11-80, publicada en la Gaceta Oficial 32.111 de fecha 14-11-80).

La Resolución impugnada es igualmente violatoria de los preceptos legales indicados al comienzo de este particular, al fijar en el DIECISEIS POR CIENTO (16%) ANUAL la tasa de interés ajustable periódicamente que podrán cobrar las Sociedades Financieras por los préstamos destinados al financiamiento de actividades agrícolas, pecuarias y de pesca (véase artículo 1 y en especial su Parágrafo Unico, de la Resolución 80-11-10).

La violación del artículo 1746 (última parte) del Código Civil, deriva del hecho de que la casi totalidad de los préstamos para los cuales la Resolución impugnada fija tasa de interés máximo, son de naturaleza inmobiliaria, y en la práctica casi todos vienen garantizados con hipotecas sobre inmuebles.

Para el caso negado –agrega el demandante– de que la Corte considere que “las comisiones” fijadas por el Banco Central en las Resoluciones impugnadas –sean verdaderas comisiones y no “intereses disfrazados” como yo sostengo, DEMANDO SUBSIDIARIAMENTE LA NULIDAD DE LAS MISMAS RESOLUCIONES por ser violatorias del artículo 46 de la Ley del Banco Central, pues en algunos casos, aún cuando fijan “comisiones” por los “servicios relacionados directa o indirectamente con los préstamos”, no indican cuáles son esos servicios y operaciones accesorias.

Por otra parte –continúa el demandante–, y así también lo demando subsidiariamente, las Resoluciones mencionadas también infringen el

artículo 46 de la Ley del Banco Central cuando fijan “comisiones” por “los desembolsos” (Parágrafo Primero del art. 2 de la Resolución 80-11-04; Parágrafo Primero del artículo 2 de la Resolución 80-11-05, ambos en concordancia con la Resolución 80-11-14) y también cuando fijan “comisiones” por los préstamos” (Parágrafo Segundo del art. 2 de la Resolución 80-11-04 y Parágrafo Segundo del art. 2 de la Resolución 80-11-05), asimismo cuando simplemente fijan una “comisión” sin indicar ni siquiera por que razón (arts. 1 y 2 de la Resolución 80-11-09 y artículos 1 y 2 de la Resolución 80-11-10).

Por auto de 2 de diciembre de 1980, el Juzgado de Substanciación de esta Sala declaró que la competencia para conocer del recurso de nulidad intentado corresponde a la Corte Primera de lo Constencioso-Administrativo, pero al propio tiempo, dada la importancia de la materia, se permitió recomendar a la Sala que en uso de la facultad que le confiere el ordinal 29 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se abocará al conocimiento de la acción.

Por auto del 4 de diciembre de 1980, la Sala acogió la recomendación del Juzgado de Substanciación, y asimismo admitió la demanda y ordenó la notificación al Presidente del Banco Central de Venezuela y al Fiscal General de la República, a quienes se hizo saber que esta Corte pasaría al estado de dictar sentencia al término de 15 audiencias a contar de la fecha, en razón de que la naturaleza de la cuestión suscitada es de urgente resolución.

Una vez cumplido lo antes ordenado, los abogados Manuel Simón Egaña, Leopoldo Márquez Añez y Oswaldo Padrón Amaré, procediendo con el carácter de apoderados del Banco Central de Venezuela, según consta de instrumento consignado en los autos, presentaron el día 13 de enero de 1981 un extenso escrito en el cual refutan de la manera más absoluta los argumentos del impugnante, sostienen la legalidad de todas las Resoluciones dictadas por el Banco Central de Venezuela y solicitan que se declare totalmente sin lugar la presente demanda.

En escrito de 20 de enero de 1981, el doctor Leopoldo A. Borjas H., se hizo parte en el proceso, legitimando su cualidad en el hecho de ser abogado lo mismo que el demandante y además en que, como Profesor ordinario de Derecho Civil y Mercantil de la Universidad Central de Venezuela tiene interés en que se llegue al establecimiento de la verdad, ya que el artículo 1º de la Ley de Universidades le impone la tarea de “... buscar la verdad y afianzar los valores trascendentales del hombre...”.

Además añade, le asiste el interés de todos los ciudadanos a que se cumplan las finalidades esenciales que tiene el Banco Central de Venezuela, de acuerdo con el artículo 2º de la ley que lo rige, de "...crear y mantener condiciones monetarias, crediticias y cambiarias favorables a la estabilidad de la moneda, al equilibrio económico y al desarrollo ordenado de la economía, así como asegurar la continuidad de los pagos internacionales en el país..."

Luego de hacer un análisis detenido de los distintos aspectos del problema y de las disposiciones legales pertinentes, el Dr. Leopoldo A. Borjas H., termina solicitando de esta Corte que declare totalmente sin lugar el recurso de nulidad intentado por el doctor Henry Pereira Gorrín en contra de las ya identificadas Resoluciones del Banco Central de Venezuela.

En uso de la atribución que le confiere el artículo 40 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el ciudadano Fiscal General de la República emitió su dictamen sobre el caso mediante oficio Nro. DC-2429 de 2 de febrero corriente, recibida en esta Corte el día 3 del mismo mes. Tras un examen de los hechos y de las disposiciones legales invocadas por el impugnante, concluye el Fiscal General en que el presente recurso de nulidad debe de ser declarado sin lugar, y así lo solicita formalmente de este Supremo Tribunal.

Por auto de fecha 16 de diciembre de 1980, el Presidente Dr. René De Sola se reservó la ponencia del caso, y presentada la cual, fue aprobada por la Sala.

Cumplidos como están todos los tramites legales, la Corte pasa a decidir, previas las consideraciones siguiente:

En auto dictado el 2 de diciembre de 1980 por el Juzgado de Sustanciación se declaró que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley del Banco Central de Venezuela, *éste constituye un establecimiento público asociativo que forma parte de la administración descentralizada.*

Las Resoluciones que tome dicho Instituto en cumplimiento de las funciones que le atribuye el artículo 2 ejusdem, tienen consecuentemente el carácter de actos administrativos susceptibles de ser impugnados por razones de ilegalidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Analizado el libelo de la acción intentada por el ciudadano Henry Pereira de Gorrín, se observa que aquella se circunscribe a impugnar las

Resoluciones del Banco Central, identificadas en la narrativa, exclusivamente en cuanto a su contenido. En efecto, se alega que el Banco Central de Venezuela, mediante el subterfugio de llamar comisiones a verdaderos intereses, ha autorizado a los bancos y sociedades financieras a cobrar por este concepto tasas que exceden los límites permitidos por la legislación vigente.

Concretamente la ilegalidad que se atribuye a dichos actos consiste en autorizar a los Bancos y Sociedades Financieras a cobrar intereses por encima del doce por ciento (12%) anual, en abierta violación, según alega el actor, de lo dispuesto en el Decreto-Ley Nro. 247 de 9 de abril de 1946, en el Código Civil y en el Código Comercio.

Planteado así el problema, considera la Corte que se impone en primer término la realización de un detenido análisis de los textos legales invocados, a fin de fijar su verdadero sentido y alcance, para luego establecer si las Resoluciones impugnadas están sujetas efectivamente a alguna o algunas de dichas normas y, en la afirmativa, si las mismas han sido violadas en el caso sub-judice.

I

Siguiendo un orden cronológico para el análisis propuesto, es necesario referirse en primer lugar al artículo 108 del Código de Comercio vigente, el cual fue promulgado en el año de 1919 sin que sus modificaciones parciales posteriores hayan alterado ni su contenido ni su letra.

Reza textualmente el artículo 108 del Código de Comercio:

“Las deudas mercantiles de sumas de dinero líquidas y exigibles devengan de pleno derecho el interés corriente en el mercado, siempre que éste no exceda del doce por ciento anual”.

Como se evidencia de la simple lectura de la susodicha norma, ésta no se refiere específicamente al contrato de préstamo a interés. Se trata de un precepto de carácter general que abarca todo genero de obligaciones mercantiles que puedan dar origen a una deuda liquida y exigible. Así como la deuda puede tener su fundamento en un préstamo, también puede derivarse del precio de un contrato de compraventa, o de los cánones de arrendamiento de un local comercial, o bien del flete insoluto de una nave.

Frente a lo dispuesto en el artículo 1277 del Código Civil, que a falta de acuerdo limita al interés legal del tres (3%) anual (artículo 1746 ejusdem) la indemnización exigible al deudor por el retardo en el cumplimiento de una obligación dineraria, el artículo 108 del Código de Comercio establece que todas las deudas mercantiles líquidas y exigibles devengan de pleno derecho el interés corriente en el mercado, siempre que éste no exceda del doce por ciento (12%) anual.

Dos diferencias importantes se observan entre la norma civil y la mercantil. A falta de convención, en materia civil el interés está limitado al tres por ciento (3%) anual; en materia comercial, el interés será el corriente en el mercado, siempre que éste no exceda del doce por ciento (12%) anual.

Por otra parte, el interés convencional queda sujeto a lo dispuesto en el tercer aparte del artículo 1746 del Código Civil, o sea que tendría que sujetarse al límite determinado por alguna ley especial, o, en defecto de esta, su cuantía no podría exceder en una mitad al interés corriente al tiempo de la convención.

De lo expuesto es necesario concluir que en materia mercantil rige el artículo 108 del Código de Comercio y que la limitación que éste establece se refiere exclusivamente al interés corriente en el mercado que de pleno derecho devenga cualquier deuda pecuniaria y en modo alguno a los intereses convencionales de cualquier origen.

Estos últimos, de acuerdo con otras normas del propio Código de Comercio, no tienen mas límites que el fijado por el acuerdo de las partes. Así lo corrobora, entre otros, el artículo 414 ejusdem, que deja en libertad para fijación de los intereses en una letra de cambio a la vista o a cierto plazo vista, y sólo a falta de indicación correspondiente, regirá en este caso el interés legal para la materia cambiaria del cinco por ciento (5%) anual.

En lo que se refiere específicamente al contrato de préstamo mercantil, el artículo 529 del Código de Comercio no deja lugar a dudas: está autorizada la estipulación de un interés distinto del corriente en la plaza, sin la limitación del doce por ciento (12%) anual que rige para los intereses que se causen de pleno derecho.

Aún más. El anatocismo –cobro de intereses sobre intereses- está permitido en relación con el contrato de cuenta corriente, según aparece de los artículos 518 y 524 del Código de Comercio. Y el siguiente artículo

525 permitía asimismo fijar libremente la tasa de interés, comisión y todas las demás estipulaciones que definan las relaciones jurídicas entre el banco y el cliente.

Salvo esta última norma –y por eso a ella se ha referido el fallo en pretérito imperfecto–, todas las demás tienen plena vigencia en el campo del derecho mercantil y particularmente en el sector bancario. No la tiene en cambio, como se ha dicho, el artículo 525, en lo que se refiere a intereses y comisiones, por haber sido parcial y tácitamente derogado por las normas especialísimas de la Ley del Banco Central de Venezuela (artículo 46) y la Ley General de Banco y Otros Institutos de Créditos (artículo 153), que serán más adelante consideradas.

¿Quiere esto decir que fuera del sector bancario donde rigen limitaciones legales, no existe en materia mercantil ninguna norma que ampare al ciudadano de un cobro abusivo de intereses? Todo lo contrario. Si bien es cierto que el ordenamiento jurídico mercantil no establece limitación alguna en cuanto a la estipulación convencional de intereses, el orden público y las buenas costumbre que repudian la usura, imponen suplir esta laguna por la vía establecida en el artículo 8º del Código de Comercio, el cual ordena aplicar las disposiciones del Código Civil en los casos que aquel mismo no resuelva especialmente.

En consecuencia, es perfectamente aplicable en materia mercantil la regla expresada en el tercer aparte del artículo 1746 del Código Civil que, aunque se refiere específicamente al contrato de préstamo, debe extenderse por analogía a cualquier otra convención en la que se estipule el pago de intereses.

Al analizar posteriormente el alcance del referido artículo 1746 del Código Civil, se explicará el mecanismo de su aplicación, por otra parte perfectamente concordante con lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley de Protección al Consumidor, que igualmente será objeto de consideración ulterior.

II

El artículo 1746 del Código Civil, cuya violación por el Banco Central de Venezuela denuncia igualmente el impugnate, expresa textualmente:

El interés es legal o convencional.
El interés legal es el tres por ciento anual.

El interés convencional no tiene más límite que los fueren designados por Ley especial; salvo que, no limitándolo la Ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, caso en el cual será reducido por el Juez a dicho interés corriente, si lo solicita el deudor.

El interés convencional debe comprobarse por escrito cuando no es admisible la prueba de testigos para comprobar la obligación principal.

El interés del dinero prestado con garantía hipotecaria no podrá exceder en ningún caso del uno por ciento anual.

La jerarquía de las fuentes legales en el derecho mercantil venezolano sólo permite recurrir subsidiariamente al Código Civil cuando el Código de Comercio y demás leyes especiales de carácter mercantil no resuelvan en forma precisa el caso sub-judice (Artículo 8º del Código de Comercio en concordancia con el Artículo 14 del Código Civil).

Como antes fue ya señalado, el Código de Comercio establece sus propias reglas en materia de préstamo e intereses. Sin embargo, mientras no exista una norma legal que limite el interés convencional en todo el campo mercantil o en alguno de sus sectores (el bancario, por ejemplo), o mientras las normas abstractas de alguna ley no hayan sido complementadas mediante los actos administrativos de los órganos competentes que ellas mismas señalen, el vacío que representa la carencia de una norma mercantil que pueda poner coto a la estipulación abusiva o usuraria de intereses debe ser llenado por la norma subsidiaria del Código Civil.

Esta norma subsidiaria no es otra que la contenida en el tercer aparte del artículo 1746 arriba transcrito, que penaliza a quien incurra en el acto doloso de estipular intereses que excedan en la mitad al corriente en el mercado al tiempo de la convención.

Si ello ocurriere, la ley no se limita a reducir el exceso a concurrencia con el interés corriente mas la mitad del mismo, sino que la disminución debe llevarse al solo monto del interés corriente, sin excedente alguno.

En cuanto al ámbito de aplicación del último aparte del mismo artículo 1746, es necesario admitir que, como toda norma excepcional, es de estricta aplicación a la hipótesis por ella contempla. En efecto, la regla general es la expresada por el tercer aparte del artículo 1746, según la cual el interés convencional no tiene más límite que el fijado por la ley especial o, en defecto de ésta, el que resultare de agregar una mitad del monto del mismo al interés corriente en el mercado.

La excepción exige la presencia de dos elementos: primero, que se trate específicamente de un contrato de préstamo, y segundo, que ese préstamo esté garantizado con hipoteca. Si así fuere el caso, el interés no podrá exceder del doce por ciento (12%) anual.

La referida excepción, dictada para la contratación civil, sólo podría tener aplicación en el campo mercantil cuando nos encontremos en presencia de un contrato de préstamo, garantizado con hipoteca, perteneciente a un sector que no esté regido por alguna regla especial del Código de Comercio o por alguna ley especial de carácter mercantil. En cambio, sería abusiva su aplicación a cualquier otro contrato mercantil productor de intereses, no obstante que sus resultas estén garantizadas con hipotecas.

Tal sería, entre otros, el caso –contemplado en el artículo 516 del Código de Comercio– de un contrato de cuenta corriente cuyo saldo haya sido garantizado con hipoteca.

Mucho menos sería aplicable la limitación establecida en el último aparte del artículo 1746 del Código Civil cuando se han dictado leyes especiales concernientes a determinados sectores de la economía social, que tienen aplicación preferente, no solo frente al Código Civil, sino aún frente al Código de Comercio.

Posteriormente se analizarán el efecto y alcance que tienen al respecto la promulgación de las leyes de Protección al Consumidor, del Banco Central de Venezuela y General de Bancos y Otros Institutos de Créditos.

III

El 9 de abril de 1946 se dictó el Decreto-Ley Nro. 247 sobre represión de la usura, cuyo artículo 1º declara textualmente:

Cualquiera que intencionalmente se valga de las necesidades apremiantes de otro para obtener para sí o para un tercero una prestación, cesión, garantía o algo análogo que implique una ventaja o beneficio que tomando en cuenta las circunstancias concomitantes, resultare notoriamente desproporcionada a la contraprestación o entrega que por su parte verificare, será castigado con prisión hasta de dos años hasta de dos años o con multas hasta de diez mil bolívares (Bs. 10.000,00).

Sin perjuicio de la limitación que establece el Código Civil en su artículo 1746, se considera constitutivo del delito de usura el préstamo de dinero en el cual se estipule o de alguna manera se obtenga un interés que exceda del uno por ciento (1%) mensual.

Los antecedentes y circunstancias referentes a la promulgación de ese Decreto-Ley permiten establecer con certeza su verdadero propósito y finalidad, aunque su propio texto bastaría para fijar su estricto campo de aplicación.

Los considerandos que preceden a la parte normativa del Decreto señalan claramente que su motivación y objeto es combatir la usura y proteger a las clases desposeídas y a todo aquel que llegare a encontrarse en condición de inferioridad económica y moral para defenderse contra la indebida explotación. Además, su tercer considerando alude concretamente al proyecto que equivocadamente fue publicado como Decreto 230 en la Gaceta Oficial Nro. 21.974 del 2 de abril de 1946 y cuya carencia de validez fue declarada por Aviso Oficial aparecido en la Gaceta Nro. 21.975 del 3 de los mismos mes y año.

Esos considerandos definen con precisión a qué sector están dirigidas las normas protectoras: clases desposeídas y débiles económicos, que no son normalmente los sujetos de una relación entre profesionales del comercio general y menos de sus sectores especializados en el tráfico bancario.

El Decreto definitivo, al excluir determinadas normas del primitivo proyecto, corroboró su propósito de circunscribir sus efectos exclusivamente al sector de la contratación civil. En efecto, la supresión de los artículos 1º, 2º, 3º y 7º del proyecto original, referente todo a operaciones netamente mercantiles, demuestra que el Decreto definitivo estaba destinado a regir negocios o contratos de índole diferente.

Sin embargo, el demandante ha alegado que las Resoluciones del Banco Central de Venezuela violan el artículo 1º del mencionado Decreto 247. Sería suficiente para rechazar esta denuncia los argumentos que se deducen del artículo 1746 del Código Civil y lo ya dicho acerca de los límites de la aplicabilidad de esta norma en el campo mercantil.

Aplicando –como antes se señaló su posibilidad legal– el tercer aparte del artículo 1746 a los contratos mercantiles, el límite del interés convencional es el del interés corriente en el mercado más una cantidad que represente la mitad del mismo. Entonces, en la hipótesis inadmisibles

de que el Decreto 247 fuere aplicable a los contratos comerciales, sólo podría configurarse el delito de usura si se llegare a demostrar que el interés estipulado sobrepasa el límite señalado por el tercer aparte de la norma civil, de modo que el caso pueda quedar subsumido en la previsión contenida en el primer aparte del artículo 1º de dicho Decreto 247.

En cuanto a la presunción de usura establecida por el segundo aparte del artículo 1º del susodicho Decreto 247, la referencia directa y exclusiva que se hace respecto al Código Civil, se prueba evidente de que no es el sector comercial el contemplado en ese supuesto legal.

Refuerza igualmente la inaplicabilidad del Decreto 247 al sector comercial, la otra presunción de usura establecido por su artículo 2º, que excluye expresamente de la misma a quien tenga un negocio de crédito legalmente establecido.

Pero si todos los anteriores argumentos son absolutamente concluyentes en cuanto al campo mercantil general, concretándonos al sector bancario encontraremos nuevas razones para excluir sus contratos y operaciones del alcance del Decreto 247 una vez que analicemos las leyes especiales posteriormente dictadas sobre fijación de intereses.

IV

La Ley de Protección al Consumidor, publicada el 2 de septiembre de 1974, tiene, aunque en un campo más amplio, la misma finalidad que el ya comentado Decreto 247: la defensa de la parte supuestamente más débil en toda relación económica.

Su artículo 6º, copiado a la letra, dice:

Constituye delito de usura todo acuerdo o convenio, cualquiera que sea su naturaleza, por el cual una de las partes obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado a la contraprestación que por su parte verifica, en atención a las circunstancias en que se realice la operación.

En las operaciones de crédito o de financiamiento no podrá obtenerse a título de intereses, comisiones o recargos de servicios, ninguna cantidad por encima de los máximos que sean fijado por el Ejecutivo Nacional, oída la opinión del Banco Central de Venezuela, en atención a las condiciones existentes en el mercado financiero nacional. Los

infractores de esta disposición incurrirán también en delito de usura.
En estos casos se aplicara la pena prevista en la legislación respectiva para el delito de usura.

Cuando se compara el primer aparte del artículo arriba transcrito con el primer aparte del artículo 1º del Decreto 247, se advierte inmediatamente que éste último ha sido derogado parcialmente. En efecto, la nueva norma establece la configuración del delito de usura en forma tal que impide la supervivencia de su antigua tipificación.

Desde la fecha de vigencia de la Ley de Protección al Consumidor, el delito de usura tiene que ser definido en Venezuela de acuerdo con los términos que aquella establece en su artículo 6º. Consecuencialmente, sólo queda vigente del primer aparte del Decreto 247 la sanción del delito (prisión hasta de dos años o multa hasta de diez mil bolívares), porque así lo declara el último aparte del artículo 6º de la Ley de Protección al Consumidor en los términos siguientes: “En estos casos se aplicará la pena prevista en la legislación respectiva par el delito de usura”, y por que no existe ninguna otra legislación que establezca pena para ese delito.

Ahora bien, para la configuración del delito tipificado en la nueva norma es de especial importancia lo que ella misma establece en su segundo aparte. Tan pronto como el Ejecutivo Nacional, oída la opinión del Banco Central de Venezuela, cumpla con su deber de fijar las tasas máximas de interés para las operaciones de crédito o financiamiento realizadas por particulares o entidades no regidas por la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Créditos, el delito de usura sólo podría imputarse a quien excediere los topes establecidos en las respectivas decisiones.

En conclusión, el Decreto 247 ha sido parcial y tácitamente derogado por la Ley de Protección al Consumidor en todo cuanto sea incompatible aquel con las nuevas normas que esta contiene, y así se declara.

V

El ordinal 14º del artículo 2º del Código de Comercio declara objetivamente mercantiles las operaciones de banco. Esto significa que, independientemente de que sean realizadas por comerciantes o por no comerciantes, todos los contratos quedan sometidos a la Ley y jurisdicción mercantiles (Artículos 109, 1090, ordinal 1º, ejusdem).

Como es harto sabido, la legislación mercantil está constituida por el Código de Comercio y todas las demás leyes especiales que rigen algunos sectores de la actividad comercial.

Por lo que respecta al sector bancario, tienen singular importancia la Ley del Banco Central de Venezuela y la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Créditos, que rigen por igual a las propias entidades comerciales como a las personas que con ellos contratan.

La primera de dichas leyes, en correlación con el ordinal 12º del artículo 153 de la segunda, establece en su artículo 46, lo siguiente:

El Banco Central de Venezuela ésta facultado para fijar las tasas máximas y mínimas de interés que los bancos e institutos de crédito, privados y publico, regidos por la Ley General de Bancos y Otros Institutos de Créditos y por otra leyes, podrán cobrar y pagar por las distintas clases de operaciones activas y pasiva que realicen. Asimismo, queda facultado para fijar las comisiones o recargos máximos y mínimos causados por las operaciones accesorias y los distintos servicios a los cuales califiquen como relacionados, directa o indirectamente, con las mencionadas operaciones activas y pasivas. El Banco Central de Venezuela podrá efectuar esta fijación aun cuando los servicios u operaciones accesorias sean realizadas por personas naturales o jurídicas distintas de los bancos e institutos de créditos.

Queda igualmente facultado para fijar las tarifas que podrán cobrar dichos bancos o institutos de créditos por los distintos servicios que presten. Las modificaciones en las tasas de interés y en las tarifa regirán únicamente para operaciones futuras.

Como se ha visto ningún límite establece la disposición transcrita a la facultad que atribuye al Banco Central de Venezuela para fijar las tasas de interés que los bancos e institutos de créditos podrán cobrar y pagar por las distintas operaciones activas y pasivas que realicen, así como las comisiones o recargos máximos y mínimos causados por las operaciones accesorias y los distintos servicios a los cuales califiquen como relacionados, directa o indirectamente, con las mencionadas operaciones activas y pasivas.

Y no podría ser de otro modo. Si se hubiera puesto límite a su facultad, el Banco Central no podría cumplir algunas de sus finalidades esenciales, como es la de crear y mantener condiciones monetarias, crediticias y cambiarias favorables a la estabilidad de la moneda, al

equilibrio económico y al desarrollo ordenado de la economía, tal como le está señalado en el artículo 2º de la ley respectiva.

Esta facultad discrecional abarca toda la gama de operaciones bancarias, aún aquellas de los institutos hipotecarios, en forma tal que respecto a los intereses que éstos puedan cobrar por sus préstamos garantizados con hipotecas, no rige la tasa máxima del doce por ciento (12%) anual que para las operaciones civiles fijó el artículo 1746 del Código Civil, sino aquella que de tiempo en tiempo fije el Banco Central de Venezuela de acuerdo con las fluctuaciones del mercado.

No se consagra con esto, como se ha pretendido, desigualdad legal alguna. La tasa máxima del doce por ciento (12%) anual fijada al prestamista particular, beneficia a este en la integridad de su cuantía. En cambio, la utilidad o beneficio del banco o instituto de crédito en un contrato de préstamo está constituido por la diferencia entre lo que preciban por los intereses activos y comisiones y lo que tenga que desembolsar por los intereses pasivos que paga a sus clientes, más los costos de servicios y gastos de administración.

Por otra parte, cuando el Banco Central de Venezuela fija intereses pasivos por encima del doce por ciento (12%) anual, sería completamente absurdo sostener que esté convirtiendo en usureros a los depositantes, cuentacorrentistas y demás clientes de los bancos o institutos de crédito beneficiarios de tal medida.

Es un hecho público y notorio que las tasas de interés han subido en todos los mercados del mundo. Venezuela no podía permanecer como una isla en este universo interdependiente e inflacionario sin exponerse al riesgo de graves daños en su economía y en su moneda. A prevenirlos han estado encaminada sin duda las Resoluciones del Banco Central de Venezuela impugnadas por el demandante.

Por las razones expuestas, aun admitiendo la afirmación del actor de que las comisiones fijadas por el Banco Central de Venezuela no serían sino intereses adicionales disfrazados, ha quedado claramente establecido que aquellas no violan ninguna disposición legal que les sea aplicable, y, por tanto, no están viciadas de nulidad las Resoluciones impugnadas por la presente acción. Así se declara.

VI

Según quedó expresado en la narrativa, el actor demandó subsidiariamente la nulidad de las mismas Resoluciones impugnadas por la acción principal y para el supuesto de que ésta fuera desechada, alegando que son violatorias del artículo 46 de la Ley del Banco Central de Venezuela, pues en algunos casos, aún cuando fijan comisiones por los servicios directa o indirectamente relacionadas con los préstamos, no indican cuáles son estos servicios y operaciones accesorias, y porqué en otros, las fijan por los desembolsos y por los préstamos o las fijan sin siquiera indicar la razón.

La hermenéutica jurídica ha señalado siempre la importancia de dos reglas fundamentales para el logro de una interpretación racional de los textos legales: la primera, tener en consideración la naturaleza de la materia legislada y el propósito deseado por el legislador, y la segunda, no interpretar aisladamente una norma, sino en concatenación con todo el sistema jurídico de que forma parte.

En el sentido indicado, cualquier interpretación que se haga de las facultades otorgada al Banco Central de Venezuela por la ley que lo rige, tiene que tomar en consideración las finalidades para las cuales éste fue creado, tal como está establecido en su artículo 2º; o sea, la de crear y mantener condiciones monetarias, crediticias y cambiarias favorables a la estabilidad de la moneda, al equilibrio económico y al desarrollo ordenado de la economía.

Para el cumplimiento de esa finalidad esencial, el mismo artículo 2º lo faculta para:

1. Regular el medio circulante y en general la liquidez del sistema financiero con el fin de ajustarlo a las necesidades del país...

5. Regular las actividades crediticias de los bancos y demás institutos de créditos a fin de armonizarlas con los propósitos de la política monetaria y fiscal, así como el necesario desarrollo regional y sectorial de la economía nacional para hacerla más independiente...

7. Promover la adecuada liquidez y solvencia del sistema bancario.

La ciencia económica nos enseña que no puede procurarse la estabilidad de la moneda de un país y la regulación y distribución del crédito de acuerdo con las necesidades de los distintos sectores de la

actividad productiva, sin la intervención directa del Estado o por intermedio de algún organismo especializado.

Al igual que en los grandes países de economía desarrollada, Venezuela ha creado su Banco Central, entre otras finalidades, con la de ejercer por conducto del mismo esa intervención necesaria en la economía nacional.

Las resoluciones del Banco Central de Venezuela, impugnadas por vía principal y subsidiaria, están destinadas no sólo a regular el crédito de acuerdo con las realidades del mercado del dinero, sino a orientar su distribución hacia los sectores que más lo necesitan para el desarrollo de una economía nacional sana e independiente.

De aquí que la propia ley que rige sus funciones, en el artículo 46 invocado por el denunciante, le haya otorgado la facultad par fijar las tasas máximas y mínimas de interés que los bancos e institutos de créditos podrán cobrar y pagar por las distintas clases de operaciones activas y pasivas que realicen, y asimismo para fijar las comisiones o recargos máximos y mínimos causadas por las operaciones accesorias y los distintos servicios a los cuales califiquen como relacionados, directa o indirectamente, con las mencionadas operaciones activas y pasivas. Dicho de otra manera, le ha atribuido la facultad de fijar de tiempo en tiempo el precio máximo que se debe pagar por el dinero, según las exigencias del desarrollo de la economía nacional y la estabilidad de la moneda, así como también el precio mínimo a que puede ofrecerlo los bancos a fin de mantener en condiciones sanas el sistema integrado por los institutos de créditos del país.

Para fijar las respectivas tarifas máximas y mínimas en materia de crédito, el Banco Central puede operar directamente sobre la tasa de intereses o sobre los recargos y comisiones que adicionalmente puedan cobrar los bancos. Se trata de una facultad discrecional que no podría ser interferida por ningún otro poder de la República sin desnaturalizar y dejar sin efecto las finalidades esenciales del primer instituto bancario del país y sin sentido las facultades que se le han otorgado para el cumplimiento de las mismas.

Ya sea por la vía de intereses o por la de comisiones y recargos, o bien por la adecuada combinación de unos y otros, todas las Resoluciones impugnadas del Banco Central de Venezuela no han tenido otro propósito sino el de la regulación del *mercado específico* de acuerdo con las

realidades nacionales e internacionales de la época presente y las necesidades de la economía del país. No altera el propósito perseguido por dichas Resoluciones, la circunstancia de que se haga una discriminación pormenorizada de cada tipo de servicio o que se fije la tarifa máxima que se pueda cobrar por la totalidad de los mismos. Al fijar esas tarifas máximas, queda un margen de libertad a los bancos para cobrar tasas de interés o comisiones menores por sus servicios a fin de participar competitivamente en el mercado nacional del dinero. La tarifa máxima es sólo una garantía de que se ha establecido un equilibrio económico entre el costo para los bancos del dinero y de los servicios que prestan y gastos de administración y la exigencia que esos mismos bancos puedan hacer a sus clientes a cambio del otorgamiento de créditos, sin que en ningún momento pueda sufrir daños el sistema bancario nacional, que es columna vertebral de toda economía racionalmente organizada.

Por las razones expuestas, es forzoso llegar a la conclusión de que el Banco Central de Venezuela no se ha extralimitado en el uso de la facultad discrecional que le acuerda el artículo 46 de la ley que rige sus funciones, y consecuentemente deben considerarse exentas del vicio de ilegalidad las Resoluciones impugnadas por los motivos señalados en la demanda subsidiaria, y así se declara.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara sin lugar las demandas principal y subsidiaria, intentadas por el ciudadano HENRY PEREIRA GORRIN según libelo de 24 noviembre de 1980, y, consecuentemente declara la plena validez de las Resoluciones del Banco Central de Venezuela arriba identificadas y objeto de las impugnaciones desechadas.

Publíquese, regístrese y comuníquese. Archívese el expediente.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Audiencias de la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en Caracas, a los diecinueve días del mes de febrero de mil novecientos ochenta y uno. Años 170º de la Independencia y 121º de la Federación.

El Presidente-Ponente
René De Sola

El Vicepresidente
Julio Ramírez Borges
Siguen otras firmas.

El problema de las tasas bancarias (Comentarios en torno a la Sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 19 de febrero de 1981)

Jon Lacasa Astigarraga*

Sumario

Primera Parte. A título de prólogo. Introducción. Capítulo 1: ¿Reaccionaría la banca si las tasas bajaren al 2%?. Capítulo 2: De la cláusula que establece la variabilidad de las tasas. Capítulo 3: Del ámbito jurídico de las tasas bancarias. Capítulo 4: Cuestión previa: Del método para la correcta interpretación de la norma jurídica. Capítulo 5: ¿ Puede la Corte Suprema de justicia cambiar de criterio?. Capítulo 6: Análisis de las principales normas jurídicas relativas a las tasas de los intereses.

PRÓLOGO

Hace algún tiempo escribí alguna notas sobre el tema y creo que ahora, de nuevo, el mismo retoma especial vigencia. No cabe la menor duda que la imprevista y desmedida alza de las tasas de los intereses, convirtiéndolas en confiscatorias, tiene su origen inmediato en el llamado coletazo asiático, la baja del precio del petróleo y el afán de mantener el

* Abogado en ejercicio.

valor del bolívar. Creo que nada de ello debió influir en la estabilidad de las tasas y de nuestra moneda de no haber sido por los 40 años de pésima administración pública, despilfarro y corrupción.

No obstante hay un aspecto jurídico que dió lugar, indebidamente en mi criterio, a la aplicación de tasas superiores al 12% anual. El siguiente estudio no entra a considerar las razones de hecho que motivaron la indebida alza de las tasas, tan sólo analiza el aspecto jurídico de las mismas y llega a sus propias conclusiones en el exclusivo ámbito jurídico.

Con motivo de un recurso de nulidad de unas resoluciones del Banco Central de Venezuela por el cual éste autorizó a la banca la aplicación de tasas hasta el 16% anual, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 19 de febrero de 1981 declaró, erróneamente en mi criterio personal, conforme al análisis jurídico que consigno a continuación, que si bien los artículos 1746 del código civil y 108 del código de comercio que fijan la tasa máxima cobrable en el 12% anual no han sido derogados, estando vigentes, éstos no se aplican al sector bancario ya que el artículo 46 de la Ley del Banco Central autoriza al Banco Central a fijar ilimitadamente, discrecionalmente, las tasas máxima y mínima que han de aplicar los bancos e institutos de créditos en su función intermediadora.

Con el respeto que se merece la Corte ello no deja de ser un exabrupto jurídico, en mi criterio personal, y las consecuencias son harto conocidas.

Me explico.

El artículo 46 de la Ley del Banco Central de Venezuela reza textualmente:

El Banco Central de Venezuela será el único facultado para regular las tasas de interés, incluyendo la fijación de las tasas máximas y mínimas que los bancos y demás instituciones financieras, privados o públicos, regidos por la Ley General de Bancos y otros institutos de crédito y por otras leyes, podrán cobrar y pagar por las distintas clases de operaciones activas y pasivas que realicen.

Como se observa, en este artículo no se determina en forma alguna que son derogados los citados artículos de los códigos civil y de comercio como tampoco hace referencia ni deroga tácita y menos expresamente la citada tasa tope del 12% anual. Lo único que expresamente establece

este artículo es que el Banco Central de Venezuela es el único ente en Venezuela que puede fijar las tasas máxima y mínima que pueden aplicar los bancos en su función intermediadora. En igual sentido se expresa el artículo 153 de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito.

Para interpretar el alcance de este artículo 46 de la Ley del Banco Central de Venezuela es menester fijar ciertos conceptos.

El Banco Central de Venezuela es un establecimiento público asociativo, integrante de la Administración Pública Descentralizada cuyos actos son recurribles por ilegalidad ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

El deber-poder que es conferido al Banco Central en dicho artículo 46 debe ser de interpretación restrictiva conforme lo establece el art. 117 de la Constitución Nacional que consagra el Principio de la Legalidad Administrativa. Sostiene la Doctrina que El deber-poder de la función administrativa debe ser expreso, texto escrito, no es presumible y es de interpretación restrictiva.

Analizado el art. 46 de la Ley del B.C.V. bajo estos parámetros concretos no hay duda alguna que su contenido se dirige a establecer tan sólo la facultad del Banco Central como único órgano autorizado para fijar las tasas, pero de ninguna forma adicional abrogando, derogando, fijando, modificando ni tan siquiera mencionando ni refiriendo directa ni indirectamente los límites de las tasas fijados por los artículos 1746 y 108 de los código civil y de comercio ni haciendo alusión alguna a estos ni a otros artículos como tampoco al citado límite del 12% anual.

En conclusión. El Banco Central de Venezuela es el único ente autorizado para fijar, entre el uno y el 12% anual, las tasas máxima y mínima que deben aplicar los bancos y demás institutos de créditos en su función intermediadora. Es usura por ende la aplicación de una tasa superior al 12% anual tanto en los ámbitos civil, mercantil y bancario inclusive.

¿PUEDE LA CORTE MODIFICAR SU CRITERIO?

Si bien las decisiones de la Corte son irrecurribles cualquier afectado puede someter a su conocimiento el mismo tema y puede la Corte cambiar de criterio como lo hizo el 7 de agosto de 1997 respecto al Decreto

Legislativo sobre el Desalojo de Vivienda del año 1947 al sostener, 50 años después, su inaplicabilidad a los locales y oficinas comerciales.

Tema interesante es igualmente lo relativo a la cláusula que establece la variabilidad de las tasas.

¿Es esta cláusula lícita? Si lo es, ¿Pueden las partes convenir en que dichas tasas puedan subir , por ejemplo del 30% anual al 1.000 % anual? - ¿Es esta estipulación válida?

Si la fijación de la nueva tasa se somete a lo que establezca un tercero, el mercado o en otra forma previamente convenida, no hay problema. Pero si la fijación depende de la voluntad de una de las partes exclusivamente, del Banco como generalmente ocurre, esta fijación es nula y debe aplicarse por ende la tasa fijada originalmente.

Ahora bien, basado en el hecho que nadie, actuando de buena fe, solicitaría un préstamo con una tasa al 30% anual, por ejemplo, a sabiendas que tres o cuatro meses después ésta subiría imprevisiblemente al 60 ó 70 por ciento o más, deviniendo el pago de cumplimiento imposible, rompiéndose el equilibrio patrimonial original de las partes con grave posibilidad de perder su vehículo, su vivienda, su empresa, dados en garantía del pago; conforme a la teoría de la Imprevisión que consagra el Principio del equilibrio contractual que han de mantener las partes a lo largo de la ejecución del contrato, lo que ya los romanos identificaban con las palabras *Rebus sic stantibus*, el legislador, con el objeto de mantener dichas partes obligadas al cumplimiento de la obligación o contrato, fijó en el artículo 1496 del código civil su criterio sobre el alcance máximo de la referida variación, en un sentido u otro, manteniendo las partes obligadas al cumplimiento de su contrato.

En síntesis, aplicando por analogía dicha norma al supuesto de las tasas, la variación, a la cual no le han puesto límite las partes, no puede ir más allá de la veinteava parte, o sea del cinco por ciento. Tomemos por ejemplo un préstamo que se convino con una tasa original al 30% anual. Esta tasa no podría subir más allá del 31,5% ni bajar del 28,5%, esto, naturalmente sin menoscabo de los argumentos que se dieron respecto de la ilegalidad de las tasas por encima del 12% anual.

1. INTRODUCCIÓN

El grave problema que han generado las elevadísimas y, por ende, confiscatorias tasas de los intereses en Venezuela, me ha llevado a efectuar un análisis técnico e imparcial del mismo en su aspecto netamente jurídico atendiendo a mi inquietud como abogado que soy.

En el presente análisis dedico los dos primeros capítulos al estudio de la cláusula que conviene en la variabilidad de la tasa fijada al momento de celebrarse la convención; respecto de su legalidad y respecto del tope legal existente cuando la partes no han preestablecido un límite a dicha variación. Así se llega a la tesis doctrinal en virtud de la cual nadie contrataría un préstamo con una tasa del 30% anual, por ejemplo, si hubiera sabido que dos o tres meses después dicha tasa llegaría al 70% ó mas, rompiendo su equilibrio patrimonial y deviniéndole de cumplimiento imposible. Se especula jurídicamente qué haría la banca si, hipotéticamente, las tasas bajaren al 2% anual...

En los capítulos siguientes se analiza el marco jurídico de las tasas en Venezuela incluyendo la Sentencia dictada el 19 de febrero de 1981 por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema la cual declaró, mediante una interpretación totalmente errónea del art. 46 de la Ley del Banco Central de Venezuela, la inaplicabilidad de los arts. 1746 y 108 de los Códigos Civil y de Comercio al ámbito bancario y, consecuentemente, la liberación ilimitada de las tasas, cuyos artículos, concurrentemente con el Decreto 247 sobre Represión de la Usura, parcial y tácitamente derogado, fijan la tasa máxima del 12% anual.

En el capítulo 4 se establece el método interpretativo que debe utilizarse para conocer el contenido y limitaciones del referido art. 46 de la L.B.C.V. y se demuestra en lo sucesivo, claramente para quien suscribe, cómo la Corte violó dicho método.

Así mismo se demuestra que la sentencia que liberó las tasas, panacea de la banca, se basa más en razones de hecho que de derecho al intentar justificarse en virtud que Venezuela no podía constituirse en una isla en el concierto económico mundial del año 1980. Se demuestra cómo, en la actualidad, Venezuela sí es una verdadera isla de la cual huyen los capitales y presagia la quiebra no sólo de las empresas grandes, medianas y pequeñas sino también de quien adquirió un taxi, una vivienda por ejemplo, mediante un préstamo bancario o de quien recurrió a un

crédito bancario para cancelar viajes, estudios, gastos de hospitalización y de cirugía, la siembra o cualquier actividad pecuaria, por ejemplo.

Se demuestra cuan clasista es la sentencia de marras y cuan apartada de la realidad es al pretender que aquellos que recurren a la banca no requieren de especial protección ni de amparo, cuando la mayor parte de la publicidad de los bancos es dirigida a la familia...

Este trabajo tan sólo aspira crear una inquietud al respecto y ofrecer las bases para que el deudor pueda negociar con el banco cuya deuda ha de pagar pero en condiciones equitativas.

Como se puede apreciar a lo largo de los diez capítulos en que desarrollo mi análisis, nunca ha sido ni es afán de quien suscribe estimular el uso de medios legales para evitar el pago de una obligación. ¡Jamás!

La banca necesita de la sociedad y de los comerciantes. La sociedad y los comerciantes necesitan de la banca. Hay que buscar el equilibrio entre ambos para protegerlos.

El análisis del tema, lo más escuetamente concebido, tan sólo aspira fijar una posición de carácter académico sobre el aspecto jurídico de las tasas en la Venezuela de agosto de 1998 que han llegado al 90% anual.

El problema de fondo es cuando las funciones legislativa y económica están en manos de los políticos. Por un lado no se legisla como lo prueba el código de comercio vigente desde el año 1919. Por otro, cuando el político tiene que decidir entre lo económico y lo político, la balanza siempre se inclina a favor de lo político y en detrimento del país, de su seguridad y de su prosperidad .

Si lo aquí planteado sirve como aliento para la creación de una normativa más equitativa, más justa, que genere menos inseguridad en las partes contratantes, se habrán superado las metas del autor.

CAPÍTULO 1

¿REACCIONARIA LA BANCA SI LAS TASAS BAJAREN AL 2%?

Durante mucho tiempo me he preguntado si debía abordar, dentro del ámbito jurídico o académico, el tema de la liberación de las tasas que parece un tema tabú, vetado. He resuelto finalmente, sensible a muchas angustias en terceras personas, plantear el escabroso tema desde el punto de vista jurídico tan sólo liberando mi conciencia y ejerciendo un derecho

elemental como abogado. Si con ello estímulo a cualquier colega que tenga un caso relativo al tema de las tasas a recurrir a la Corte para que la misma cambie el erróneo criterio establecido por la Sala Político Administrativa en sentencia del 19 de febrero de 1981, haciéndolo más equitativo, más ajustado a las normas interpretativas del Derecho y menos parcializado como muy acertadamente lo hiciera dicha Sala en reciente sentencia del 7 de agosto de 1997 respecto del Decreto Legislativo sobre el Desalojo de Vivienda, después de 50 años de interpretación y de aplicación demagógicas, habré superado mis aspiraciones.

Contestando a la pregunta formulada en el título, dentro del ámbito hipotético y especulativo tan sólo, en virtud de la cláusula contractual que permite la variación de la tasa de los intereses del dinero dado en préstamo, no cabe la menor duda que la banca sí reaccionaría si las tasas bajaren al 2%, por ejemplo, y no se resignaría a sufrir las consecuencias de esta imprevisión, como actualmente lo hacen sus deudores pues, de lo contrario, ello implicaría a la larga, la quiebra de la banca con sólo mantener esta sus gastos operativos y sin, tan siquiera, pagar las tasas pasivas actuales a sus clientes. Y no dudo que en tal supuesto la banca alegraría a su favor y como fundamento de la nulidad o de la resolución contractual, según el caso, la ruptura del equilibrio patrimonial de las partes al momento de contratar, consagrado en el artículo 1205 del código civil (*Rebus sic stantibus*, origen de la teoría de la Imprevisión) en concordancia con el artículo 1160 del mismo código el cual establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos sino a todas las consecuencias que derivan de los mismos, dureza esta que cede a favor del débil o deudor en la Legislación y Doctrina modernas, en los contratos calificados de conmutativos por la Doctrina y de tracto sucesivo o de cumplimiento diferido, con las teorías del abuso del derecho (art. 1185 del Cod. Civil); del enriquecimiento sin causa y de la restitución (arts. 1184, 1178 y 1180 del Cód. Civil); de la causa extraña no imputable como es el excesivo aumento de las tasas (art. 1271 Cod. Civil); de la imprevisión (art. 1205 del Cód. Civil), sea de la teoría de la lesión o de la ruptura del equilibrio contractual por una sobrevenida, imprevista y excesiva onerosidad de la prestación, o de la nulidad de la obligación que devino de cumplimiento imposible (art. 1200 del Cód. Civil), por ejemplo, consideradas estas como cláusulas tácitas de cualquier contrato que derogan las cláusulas expresas en beneficio de la equidad.

El equilibrio contractual o la protección patrimonial de las partes contratantes deriva de la presunción que una o ninguna de las partes se habría comprometido al cumplimiento de una obligación, de saber que la misma le causaría tanto daño patrimonial en virtud de una sobrevenida onerosidad de la prestación o por una condición suspensiva como es el caso para el deudor del aumento excesivo e inesperado de las tasas de los intereses causados por el dinero que recibiera en préstamo.

El llamado principio *Rebus sic stantibus* que da origen a la teoría de la Imprevisión, presume que los contratos son celebrados de buena fe y bajo la tácita condición que las circunstancias en las cuales se comprometen las partes no cambiarán sustancial ni excesivamente para el momento de su ejecución, a futuro. De ello se infiere que el deudor para quien el cumplimiento devino inesperada y excesivamente oneroso, pueda exigir la resolución del contrato o la revisión del mismo con el objeto de eliminar la onerosidad sobrevenida, solicitando al Juez la reducción de la prestación, sea de los intereses usurarios o confiscatorios sobrevenidos e imprevistos en el presente caso y la fijación de nuevas reglas o nuevas tasas, diferiendo la oportunidad de pago de las mismas, por ejemplo, pero buscando siempre, –por vía del convenio con el Banco, preferiblemente como lo sugiero aquí, o, de no ser posible un razonable y equitativo trato, por la vía judicial antes que perder todo–, buscando restituir el equilibrio patrimonial existente al momento de celebrarse el pacto, evitándose un injustificado daño para el deudor y un eventual enriquecimiento sin causa en el acreedor pues también hay que reconocer que la banca hubo de pagar tasas pasivas superiores.

Es fácilmente imaginable la situación del deudor de buena fe quien, en pocos meses, por un hecho imprevisible, se halla ante una obligación que le devino de cumplimiento imposible por la onerosidad sobrevenida de las tasas enfrentándose a la ejecución forzosa de todos los bienes que diera en garantía los cuales pudieran abarcar todo su patrimonio y hasta su propia vivienda inclusive. He de recordar, de paso, que la obligación que deviene de cumplimiento imposible como el pago de una deuda con tasas del 50%, 60%, 70% ó más, es nula de conformidad con el artículo 1200 del código civil. Indiscutiblemente estas tasas son confiscatorias y no hay negocio lícito que permita su pago salvo la subsecuente descapitalización o grave daño emergente.

Lo sostenido aquí obedece a un planteamiento elemental del problema cuyo desarrollo implicaría vaciar parte de la Teoría jurídica de las Obligaciones no siendo este su propósito aquí.

Luego, retomando el tema, si admitimos, como debe ser, que la Banca pudiera demandar la resolución del contrato de préstamo por haber devenido dañino a sus intereses patrimoniales la supuesta imprevista reducción de las tasas al 2% ¿porqué no pudiera exigir también el deudor la resolución, disolución, revisión y ajuste o hasta la rescisión del contrato de préstamo cuyo aumento inesperado en las tasas del interés desde el 30% al 70% ó más, por ejemplo, devino de cumplimiento imposible y que de haberlo previsto al momento de contratar con el Banco no lo hubiera hecho. Mutatis mutandi o, como diríase en lenguaje popular, lo que es igual no es trampa.

La hipótesis sugerida de la reducción de las tasas al 2% anual nunca se daría en la realidad, toda vez que, de conformidad con el artículo 46 de la Ley del Banco Central de Venezuela, es a este a quien toca determinar las tasas máxima y mínima que pueden aplicar los bancos e institutos financieros en su gestión intermediadora, dejando para más adelante el análisis relativo a los límites de la facultad del Banco Central para tal fijación.

A no dudarlo, una baja en las tasas en las condiciones sugeridas generaría la caída del sistema financiero fatalidad esta que no permitiría el Banco Central. Suena bien y es lógico.

Pero, me pregunto, ¿a quién toca impedir la quiebra o la caída de todos los deudores de la banca enfrentados a unas tasas imprevisibles y usurarias con la posible pérdida de todos los bienes dados en garantía entre cuyos deudores se incluyen no sólo empresarios pequeños, medianos y grandes sino también, y lo que es peor, compradores de viviendas, de vehículos, de taxis, agricultores, ganaderos, deudores de préstamos para pagar estudios y problemas de salud, pagadores de tarjetas de crédito, entre otros, y a quién toca protegerles?

El Banco Central pareciera más preocupado por la banca, género al cual pertenece, sin duda, que por los venezolanos quienes pagamos en definitiva la carestía y consecuencias del aumento desmedido de las tasas. No es mi afán resolver aquí el problema de las tasas usurarias cuyo origen, más allá de la baja del petróleo, del coletazo asiático y del afán de controlar erróneamente la estabilidad monetaria, está en la incapacidad

y corrupción de quienes han administrado impunemente nuestro país durante cuarenta años destacándose la desidia de un Congreso que no legisla y cuyas funciones usurpó la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema en su sentencia del 19 de febrero de 1981 por medio de la cual legisló liberando las tasas de los intereses, sentencia poco feliz a la cual nos referiremos más adelante.

Lo sostenido hasta aquí nos lleva al somero análisis de la cláusula que establece la variabilidad de las tasas incluida en todos los contratos de adhesión, y, salvo convención especial fijando un límite a dicha variación, al criterio establecido al respecto en el código civil por el legislador en cuanto a la existencia de un límite a la variación manteniendo las partes obligadas a su cumplimiento; del ámbito jurídico de las tasas que abarca fundamentalmente los artículos 1746 del código civil, 108 del código de comercio y 96 de la Constitución; el Decreto N° 247 sobre Represión de la Usura, del año 1946; la Ley de Protección al Consumidor con sus reformas y de la antes mencionada poco feliz sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema del 19 de febrero de 1981, la panacea o bálsamo de la banca, basada más en fundamentos de hecho que de derecho, nada imparcial ni objetiva.

CAPÍTULO 2

DE LA CLÁUSULA QUE ESTABLECE LA VARIABILIDAD DE LAS TASAS

Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan a cumplir lo expresado en ellos y a todas sus consecuencias, dentro de los límites del orden público. Si las partes, de mutuo acuerdo, han convenido la variabilidad de uno o de varios de los elementos del contrato, algunos autores lo consideran como condición suspensiva, esta cláusula es en principio válida.

Las partes, para mantenerse obligadas a la ejecución del contrato, pueden establecer, y ésto es lo recomendable a fin de evitar situaciones imprevistas o imprevisibles como la del aumento desmedido de las tasas, límites máximo y mínimo a la variabilidad de uno o de varios de los elementos del contrato como se hace en los contratos bancarios estadounidenses conviniendo en la variabilidad de las tasas, sometiendo su determinación a la tasa publicada en el Wall Street Journal (WSJ) y prefijando, de mutuo acuerdo, un porcentaje de variabilidad máxima en

la tasa del interés, en un sentido u otro, en cuyo país es usura todo interés simple anual superior al 18%.

Debe estar claro, de antemano, que la variación acordada o condición suspensiva, –se haya fijado límite o no a la misma–, no puede ser establecida en forma unilateral por una de las partes del contrato, so pena de nulidad absoluta de la obligación, al tenor del artículo 1202 del código civil que repite el mismo criterio sostenido por el legislador en el artículo 1479 del mencionado código respecto del precio de la cosa vendida el cual debe ser establecido por las partes, de común acuerdo o, en su defecto, por el mercado o por un tercero: caso contrario, a falta de precio, sería nula la venta.

Si convenida la variación de la tasa no se especifica quién determinará la variación la cláusula se reputa nula y se aplica, sin variación, la tasa original.

El precio de la cosa vendida es lo que es el interés al préstamo del dinero. En otras palabras, si la variación de la tasa ha de ser fijada, según el contrato de préstamo, por el mismo Banco que presta, esta variación es nula y permanece vigente la tasa fijada originalmente durante la duración del contrato y de sus prórrogas.

Normalmente los bancos someten la fijación de la tasa de los intereses a la fijada por los cinco o seis principales bancos del país. En teoría esto tampoco debería ser aceptado, pues al fin y al cabo son entes con iguales metas o intereses, asociados entre sí, inclusive. Pero, en todo caso, ésto último sería menos rechazable que la fijación unilateral de la tasa del interés por el propio banco acreedor.

Establecida la legalidad de la cláusula que conviene en la variación de las tasas y si las partes fijan los límites de su variación, los que sean, éstas quedan obligadas a su cumplimiento dentro de los límites fijados. El problema surge, como es el caso en la mayoría de las operaciones bancarias en Venezuela, cuando se ha convenido en la variación de las tasas del préstamo u operación realizados pero no se ha establecido los límites máximo y mínimo de dicha posible variación.

Con el objeto de mantener dichas partes obligadas al cumplimiento de la obligación o contrato, el legislador fijó en el artículo 1496 del código civil su criterio sobre el alcance máximo de la referida variación, en un sentido u otro. Este artículo se refiere a la venta de un inmueble con expresión de su cabida. Cuando la medición del inmueble no

corresponde al área vendida, las partes pueden exigir las compensaciones correspondientes, según faltare o sobrare, quedando obligadas al cumplimiento del contrato de compra venta salvo que hubieren expresado que el contrato se celebró en virtud de una específica cabida en el inmueble.

Pero si la variación entre lo vendido en el contrato y lo medido fácticamente es superior a la veinteava parte, o sea al 5% de la cabida convenida, el comprador puede desistir del contrato. El artículo 4 del código civil establece, a su vez, que a falta de disposición expresa de Ley se resolverán por analogía los casos similares, exceptuándose, claro está, las materias penales y fiscales.

Siendo que existe la misma razón en ambos supuestos de hecho: tanto en la variación de la cabida del inmueble –supuesto regulado por el artículo 1496– como en la acordada variación de la tasa del interés –supuesto no regulado–, debe necesariamente atribuirse a este último supuesto la misma consecuencia que al primero.

En otras palabras, si las partes convinieron en una tasa determinada, por ejemplo 30%, si acordaron en la variabilidad de dicha tasa pero sin haber fijado los topes de dicha variación, ambas siguen obligadas al préstamo y pago del dinero con la supuesta tasa del 30% no pudiendo exceder la variación hacia arriba ni hacia abajo en más de su veinteava parte, es decir, en más del cinco por ciento (5%) calculado sobre la supuesta tasa fijada originalmente en el 30% anual.

En concreto, las partes seguirían obligadas al cumplimiento del contrato de préstamo con todas sus consecuencias no pudiendo subir la tasas del 31,5% ni bajar del 28,5%. Esta disposición del legislador conforma la hermenéutica jurídica con que deben analizarse las normas de Derecho y por ende el ya señalado principio *Rebus sic stantibus* respecto del mantenimiento del equilibrio contractual de las partes establecido en el artículo 1205 del código civil.

Al referirnos a los intereses bancarios nos apresuramos en aclarar que no cabe confusión en cuanto a la legalidad de las comisiones que cobran los bancos por los servicios que prestan los mismos, independientes de su función crediticia propiamente, como por ejemplo el servicio que presta el banco a un cliente al entregarle un talonario de cheques, librarle un cheque de gerencia, confirmar una carta de crédito.

Este es un pago único, que se realiza una sola vez, en virtud de un monto específico o de un monto calculado en base a un porcentaje según el servicio. Así establecido, el cobro diferido de este servicio en varias cuotas, simultaneo, coincidente o no con la oportunidad de la cancelación de los intereses, puede hacer presumir como el cobro de un interés simulado, complementario al aparente o real, engañoso o fraudulento en definitiva.

Esta es la Ley vigente y esta es mi interpretación objetiva. Las normas citadas forman parte de la catedral jurídica que regula nuestra vida y la de la República: las mismas están vigentes, no han sido derogadas ni abrogadas por nuevas leyes. No son letra muerta y deben ser interpretadas según el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras que las conforman, según su conexión entre sí, la voluntad del legislador y, finalmente dentro de la hermenéutica jurídica es decir dentro del contexto general de las normas cosidas entre sí por el hilo del legislador lo que les da uniformidad, coherencia, homogeneidad y solidaridad, conformando una unidad e integridad absolutas, desestimando criterios paradójicos, contrarios o contradictorios.

CAPÍTULO 3

DEL ÁMBITO JURÍDICO DE LAS TASAS BANCARIAS

A continuación, fijaremos suscintamente, el marco jurídico que regula fundamentalmente el régimen de las tasas de los intereses en Venezuela.

He de destacar que la esencia del análisis jurídico de las tasas en Venezuela reside en determinar si, en virtud de los artículos 46 de la Ley del Banco Central de Venezuela y 153 de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito, que concurrentemente consagran la facultad exclusiva del Banco Central de Venezuela para fijar las tasas máxima y mínima que pueden aplicar los bancos e institutos financieros en sus operaciones de intermediación, –cuyo primer antecedente data del año 1960–, éste está facultado o no para hacerlo libre y desmedidamente, sea más allá del 12% anual que concurrentemente, a su vez, fijan los artículos 108 y 1746 de los códigos de comercio y civil respectivamente, vigentes, nunca derogados ni abrogados, así como el referido Decreto Legislativo Nº 247 sobre Represión de la Usura, de 1946 –no abrogado del todo– que tipifica como delito el cobro de una tasa superior al 12% anual y su

sanción consistente en "... prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa, equivalente en bolívares de seiscientos (600) a dos mil (2.000) días de salario mínimo urbano..." de acuerdo a la reciente reforma de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del 17 de mayo de 1995.

Por el contrario sostenemos, con fundamento en la Legislación venezolana y en principios fundamentales de Derecho para la correcta interpretación de las normas jurídicas, que el Banco Central (art. 46 de su Ley) sí es el único ente con facultad para fijar las tasas máxima y mínima que pueden aplicar los bancos e institutos financieros en sus operaciones de intermediación pero que esta facultad esta limitada a la fijación de dichas tasas entre el uno por ciento y el doce por ciento anual en concordancia con los citados artículos (108 y 1746 de los códigos de comercio y civil respectivamente, vigentes) por no haber sido estos derogados ni abrogados, conforme lo reconoce la propia sentencia de la S.P.A. el 19/2/81 y que no pueden ser ignorados por ende por el mencionado artículo 46 de la Ley del Banco Central el cual, en su texto ni en ningún otro artículo, en nada se refiere, comenta, modifica, deroga ni abroga los mismos, su contenido ni el citado tope del 12% anual.

Sostengo que mal pudo ser la voluntad del legislador en el citado art. 46 de LBCV liberar las tasas más allá del 12% anual, y que ignora el sentenciador, pues dicha facultad expresa fue incorporada a la Ley del Banco Central en su reforma del año 1960, a través del art. 57, (G.O.E. Nº 659 del 18/01/61), estando en plena vigencia el año 1960 el Decreto Legislativo Nº 247 sobre Represión de la Usura y por cuanto en dicha época no se pensaba, ni remotamente, en la posibilidad de una tasa superior al 12%.

En síntesis, la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia del 19 de febrero de 1981 declaró indebidamente la legalidad de las Resoluciones del Banco Central que fijaban tasas superiores al 12% anual al interpretar, de manera parcializada, contra legem y usurpando funciones legislativas exclusivas del Congreso Nacional (artículos 119, 139, 162, 177 y 215 de la Constitución Nacional), al sentenciar que el mencionado artículo 46 de la Ley del Banco Central autorizaba irrestrictamente a este a fijar las tasas máxima y mínima que los bancos deben aplicar en sus funciones de intermediación, más allá del 12% anual. La Corte sostuvo en dicha sentencia, simultáneamente, que los artículos 108 y 1746 de los códigos de comercio y civil respectivamente -que fijan como tasa máxima el 12% anual- no habían

sido derogados pues éstos siguen vigentes en las áreas civil y mercantil respectivamente, siendo inaplicables a la banca.

CAPÍTULO 4

CUESTIÓN PREVIA. DEL MÉTODO PARA LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA DE DERECHO PÚBLICO

Como dijimos, la Corte sostiene en su sentencia que los artículos 1746 y 108 de los códigos civil y de comercio no han sido derogados pero que son inaplicables en el ámbito bancario en virtud del artículo 46 de la L.B.C.V.. Esto simplifica la situación y nos exime de probar por ende la vigencia de estos artículos. Queda entonces por determinar el verdadero contenido y alcance del citado artículo 46 de la L.B.C.V. que facultaría al Banco Central, según interpreta dicha Corte, a la fijación ilimitada de las tasas más allá de las limitaciones establecidas en los citados artículos, concretamente más allá del 12%.

El referido artículo 46 de la L.B.C.V. reza textualmente así: “El Banco Central de Venezuela será el único facultado para regular las tasas de interés, incluyendo la fijación de las tasas máximas y mínimas que los bancos y demás instituciones financieras, privados o públicos, regidos por la Ley General de Bancos y otros institutos de crédito y por otras leyes, podrán cobrar y pagar por las distintas clases de operaciones activas y pasivas que realicen.

El Banco Central de Venezuela deberá analizar trimestralmente el diferencial de intereses que exista entre las tasas activas y pasivas ajustándolo a un límite que pueda generar una rentabilidad razonable al sistema financiero”.

Podemos en consecuencia concluir que el artículo 46 de la L.B.C.V. lo único que realmente establece es quién tiene la facultad para fijar las tasas máxima y mínima en el sector bancario. “In claris no fit interpretatio”: Lo que está claro no requiere de interpretación. Pero en nada legisla dicho artículo respecto de los intereses en sí, por ejemplo si son compensatorios o moratorios; si son civiles, mercantiles o bancarios; si la facultad de fijación va más allá del 12% y menos hace referencia a las tasas especificadas, básica y fundamentalmente, en los artículos 1746 del código civil; 108 y 529 del Código de Comercio y en la parte in fine del Decreto Nº 247 sobre Represión de la Usura. Cuando la Corte interpreta

el contenido del artículo 46 de la L.B.C.V. –el cual, repito, no hace referencia alguna, como se puede observar en su texto, a los artículos 1746 y 108 de los códigos civil y de comercio ni a la limitación del 12% en las tasas de los intereses y que de haberlo hecho pudo plantear la abrogación de estos artículos y hasta su derogación o su inaplicabilidad al menos en el sector bancario-, la Corte lo interpreta contra legem, en forma aislada y con absoluta independencia de la voluntad original del legislador del año 1960 quien creó la norma contenida en dicho artículo 46.

La Corte, en su sentencia del 19 de febrero de 1981, llegó a conclusiones que no están ni tan siquiera sugeridas en el art. 46, por no decir que inventó, en razón de la verdad y por mantener el debido respeto que se merece. En la sentencia hay total silencio respecto de la voluntad del legislador.

Arguyo, al tenor del artículo 4 del Código Civil, que a las leyes debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador no sólo plasmada en una norma sino en el conjunto de las normas, consagrando así la llamada hermenéutica jurídica, o sea la homogénea expresión de la llamada voluntad del legislador.

Ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema respecto de la importancia de la voluntad original del legislador al interpretarse la norma jurídica:

Siendo las leyes expresión escrita de la experiencia humana, acumulada, a veces, durante muchos años o fruto de un cuidadoso proceso de elaboración en el que han participado especialistas, comisiones técnicas y órganos de los poderes públicos, sería absurdo suponer que el legislador no trate de usar los términos más precisos y adecuados para expresar el propósito y alcance de sus disposiciones u omite, deliberadamente, elementos que son esenciales para la cabal inteligencia de ellas. Por esta razón, no debe menospreciarse la interpretación llamada gramatical ni contraponer a esta la interpretación lógica, como si la letra de la ley no fuera, en todo caso, el obligado punto de partida de toda indagación dirigida a establecer, racionalmente, *lo que es la mente del legislador*.

Y fue esta la intención del legislador del año 1960, en el art. 57 de la Ley del Banco Central de Venezuela, –que después devino en el art. 46 por sucesivas reformas de la misma Ley– cuando incluyó la facultad

exclusiva para fijar las tasas máxima y mínima, nunca pudo ser que la tasa máxima fuera superior al 12%, que no menciona el art. 46, pues configuraría el delito de usura de conformidad con las normas vigentes en la época.

Para tener una referencia económica sobre el año 1960, cuando se creó esta norma, baste decir que dicho año no hubo inflación sino una deflación del 1,33%.

La hermenéutica jurídica es el resultado de la aplicación de un criterio único, uniforme, lógico, transparente, del legislador expresado en un conjunto de normas caracterizado por su homogeneidad.

Siendo el Banco Central de Venezuela, creado el 8 de septiembre de 1939 como una persona jurídica de Derecho Privado modificado el 30 de septiembre de 1974, en una de las reformas de su Ley, y calificado como establecimiento público asociativo, integrante de la Administración Pública Descentralizada cuyos actos son recurribles por ilegalidad ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el deber-poder que le es conferido en dicho artículo 46 debe ser de interpretación restrictiva conforme lo establece el art. 117 de la Constitución Nacional que consagra el Principio de la Legalidad Administrativa.

Tratados de Derecho Administrativo amparan lo aquí sostenido por lo que huelgan comentarios adicionales. El deber-poder de la función administrativa debe ser expreso, texto escrito, no es presumible y es de interpretación restrictiva. Leído el art. 46 de la Ley del B.C.V. bajo estos parámetros concretos no hay duda alguna que su contenido se dirige a establecer tan sólo la facultad del Banco Central como único órgano autorizado para fijar las tasas pero de ninguna forma adicional abrogando, derogando, fijando, modificando ni tan siquiera mencionando ni refiriendo directa ni indirectamente los límites de las tasas fijados por los artículos 1746 y 108 de los código civil y de comercio ni haciendo alusión alguna a estos ni a otros artículos.

Por ello, al dar por existentes en dicho art. 46 liberaciones no expresadas textualmente, la Corte sacó no sólo conclusiones inexistentes en dicho artículo sino que las mismas son contra legem al contravenir el contenido de normas especiales, de orden público, como son los citados artículos 1746 y 108 de los código civil y de comercio.

Si es metafórico decir que la norma es un producto del tiempo no menos cierto es que el análisis genético de la misma da respuestas sobre

su origen intelectual o sobre la voluntad del legislador. Una interpretación a la luz de la actualidad, cualquiera sea, pero con prescindencia de la voluntad original del legislador, puede llevar a una total ruptura entre la voluntad original del legislador al crear la norma y la interpretación final de esta, a posteriori y ajena a la del legislador, generando así una absoluta inseguridad y una total anarquía.

Por ello debe interpretarse el contenido de este artículo 46 de la actual L.B.C.V. a la luz de la voluntad del legislador del año 1960 -expresada en su reforma publicada en la G.O.E. del 18/01/1961 mediante el artículo 57 de la dicha Ley- cuando el mismo facultó con exclusividad al Banco Central de Venezuela a fijar las tasas máxima y mínima que debían aplicar los bancos e institutos de crédito en su intermediación financiera, art. 57 posteriormente convertido en el artículo 46 de la misma Ley, por sucesivas reformas, como ya dijimos. Nunca el legislador del 60 pensó en una tasa superior al 12% cuando reinaba el Decreto sobre Represión de la Usura. De así serlo lo hubiera especificado en el artículo 57 de su reforma del año 1960 o, posteriormente, en el artículo 46 de las sucesivas reformas de los años 1974, 1984 ó 1992.

No se puede interpretar ninguna norma de manera aislada y con prescindencia absoluta del contexto de las normas que regulan la misma materia o materias similares. Así una norma fiscal se rige de acuerdo a unos principios determinados y propios. Una norma de derecho común obedece a un régimen interpretativo distinto a una norma de Derecho administrativo o público.

Concretando aún más, es difícil que el legislador dicte una norma sobre un aspecto que no haya sido legislado aún o que no esté relacionado directa o indirectamente con otras materias. Si dicta una norma y con la misma no deroga ni abroga otras normas, entonces, con más razón, ésta deberá ser analizada a la luz de las normas existentes y de los principios que regulan a estas.

El artículo 1156 del código civil francés sostiene que en la interpretación de la convención debe buscarse cuál ha sido la voluntad original y no el sentido literal de los términos. No sólo en el artículo 46 de la L.B.C.V. no hay ninguna acotación respecto de las tasas ni de los intereses sino que el sentenciador ni se preguntó cuál pudo ser la voluntad del legislador al incorporar dicha norma el año 1960 en la reforma publicada en la G.O.E. del 18/01/1961 mediante el artículo 57 de la dicha Ley del Banco Central de Venezuela.

Se ha pretendido ver en este artículo 46 de la Ley del Banco Central de Venezuela, una facultad ilimitada para liberar las tasas, lo cual es totalmente falso. A falta de renovación legislativa o la no creación de normas adaptadas a las nuevas situaciones sociales y avances de la tecnología a cargo del Congreso Nacional exclusivamente, no puede la Corte jamás suplir mediante interpretaciones contra legem ni usurpando funciones.

El hombre huye de la inseguridad y busca la certeza en las normas del Derecho positivo las cuales acompasa a la evolución de la vida mediante la derogación, la abrogación, la sustitución y creación de normas a cargo del Poder Legislativo o, cuando es dado, mediante la más fiel interpretación jurídica y conforme a estrictas reglas de interpretación a cargo del Poder Judicial, teniendo este siempre como referencia obligatoria la voluntad original del legislador al crear la norma en análisis, pues de lo contrario se caería en la anarquía y por ende en la inseguridad de la cual huye.

Así expuesto, en síntesis, compartimos el criterio interpretativo del Derecho de Recasens Siches. Creemos en la evolución de la sociedad y en la necesidad de un Derecho interpretado conforme a sus necesidades mutantes, pero dentro de un rigor científico y sin perder el hilo del legislador ni su voluntad original.

De no respetarse normas específicas de interpretación se caería en el subjetivismo, en la parcialidad y en el desorden social.

Este artículo 46 de la L.B.C.V. consagra tan sólo la facultad exclusiva del Banco Central de Venezuela para fijar las tasas que han de aplicar los bancos en su intermediación financiera impidiendo a cualquier otro ente, público o privado, tal determinación. Pero una cosa es reconocer esta facultad exclusiva al Banco Central y otra, muy distinta, es pretender que con dicho artículo 46 y en virtud de esta facultad exclusiva del Banco Central no son aplicables a la Banca los límites del 12% anual establecidos en los artículos 1746 y 108 de los códigos civil y de comercio los cuales siguen rigiendo el ámbito mercantil más no el bancario según la sentencia de marras.

La Corte llega a la misma interpretación del citado art. 46 al analizar el art. 153 de la Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito del 22 de mayo de 1975 por expresarse este último en igual sentido que el primero. Ni fue la voluntad del legislador el año 1960 establecer la

inaplicabilidad de los artículos 108 y 1746 de los códigos de comercio y civil, respectivamente, al ámbito bancario ni derogar el 12% anual máximo fijado por el Decreto sobre Represión de la Usura, al incorporar esta norma que faculta al Banco Central a fijar las tasas máxima y mínima.

Ni lo dice ni lo insinúa en forma alguna el artículo 46 de la citada Ley ni en ninguna otra norma, en forma directa ni indirecta, tácita ni expresamente. Si el legislador no distingue ¿por qué habría de hacerlo el intérprete? La Corte al hacerlo, sacó deducciones *contra legem* de un artículo como el 46 de la L.B.C.V. que es claro, concreto y específico e infringió totalmente el principio restrictivo de la interpretación de las normas de Derecho Público. Su redacción no da lugar tan siquiera a interpretaciones de lo clara y concreta que es.

Paradójicamente, la propia sentencia del 19/2/81 de la S.P.A. en su pág. 31 sostiene:

La hermenéutica jurídica ha señalado siempre la importancia de dos reglas fundamentales para el logro de una interpretación racional de los textos legales: la primera, tener en consideración la naturaleza de la materia legislada y el propósito del legislador y, la segunda, no interpretar aisladamente una norma sino en concatenación con todo el sistema jurídico de que forma parte.

Es inverosímil que la propia sentencia lo alegue pero no lo acate en su interpretación.

Al respecto podemos observar: 1º) Respecto de la naturaleza del art. 46 de la L.B.C.V. esta es de Derecho Público por lo que es de interpretación restrictiva y limitada al texto escrito; 2º) El propósito del legislador el año 1960 al crear la norma contenida en el art. 46 en referencia nunca pudo ser el liberar las tasas más allá del 12% anual pues en dicha época cualquier tasa superior al 12% anual tipificaba el delito de usura y además en dicho año no sólo no hubo inflación sino deflación y 3º) no estando derogados los artículos 108 ni 1746 de los códigos de comercio y civil respectivamente ni la tasa del 12% que tipifica la usura, el sentenciador debió tomarlos en cuenta y aplicarlos en su interpretación.

De manera totalmente inverosímil el sentenciador quebrantó el correcto sistema interpretativo por él enunciado.

Que hay situaciones novedosas en la vida que apremian actualizar las respectivas normas jurídicas o crear nuevas normas y que el Congreso

vive una eterna apatía o desidia, ello no faculta a la Corte, por medio de una interpretación contra legem, alegando situaciones de hecho como el que "...Venezuela no podía permanecer como una isla en este universo interdependiente e inflacionario..." a suplir en sus funciones a dicho Órgano Legislativo.

El jurista Nicolás Vegas Rolando sostiene con relación a dicha sentencia de la Sala Político Administrativa del 19 de febrero de 1981, que, al tenor del art. 119 de la Constitución, toda autoridad usurpada es ineficaz y que sus actos son nulos... De así ser no debería por tanto tenerse por válida dicha sentencia ni orientadora.

El mismo autor sostiene:

Debió tenerse en cuenta que las prácticas usurarias en el pasado fueron funestas en Venezuela, así, en 1834 fue promulgada la Ley de Libertad de Contratos y en consecuencia la libertad de estipular intereses. Ello produjo la ruina de la agricultura y el comercio, engendró la violencia en el campo que degeneró en la Guerra federal de los cinco años y causó los primeros amagos de las primeras intervenciones en Venezuela. (TORO Fermín: Reflexiones sobre la Ley del 10 de abril de 1834).

Por eso entendió nuestro legislador que no podía existir una libertad absoluta para estipular intereses financieros cuando facultó primero al Banco Central (Artículo 46 de la Ley del Banco Central de Venezuela) y luego al Ejecutivo Nacional, (artículo 6 de la Protección al Consumidor – reformado–) para que se fijasen los intereses máximos que podía obtenerse por operaciones de crédito o financiamiento y así lo entendió la Corte Suprema de Justicia cuando en la sentencia analizada (SPA - 19/2/1981), sostuvo que la fijación de este tipo de intereses era atribución del Banco Central de Venezuela."

Sin embargo, a raíz de dicha sentencia, el Banco Central parece haber olvidado esta experiencia histórica y al liberar las tasas de los intereses generó una situación similar a la analizada históricamente.

CAPÍTULO 5

¿PUEDE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CAMBIAR DE CRITERIO?

El 7 de agosto de 1997 la Corte Suprema de Justicia en su Sala Político Administrativa, en ponencia de la distinguida Magistrada Hildegard

Rondón de Sansó y sin voto salvado, declaró la inaplicabilidad del Decreto Legislativo sobre el Desalojo de Vivienda de fecha 27 de septiembre de 1947 a los locales comerciales. Cincuenta años transcurrieron aplicándose demagógicamente en locales, oficinas y galpones comerciales e industriales un Decreto para Vivienda generando la típica recesión en su construcción y el recurso a formas simuladas de contratación.

La Corte Suprema de Justicia, gracias a la renovación de sus miembros, en su afán de perfeccionar la correcta interpretación y aplicación de las normas sometidas a su consideración, revisa los fallos y muchas veces cambia su criterio jurisprudencial. Este es un hecho que debe calificarse de positivo y de normal.

Es esta misma Sala Político Administrativa, pero con distintos componentes, claro está, la que dictara el 19 de febrero de 1981 la famosa sentencia que autorizara a la banca, solamente, la aplicación de tasas superiores al 12% anual, mediante una interpretación *contra legem* y “legislar” de hecho usurpando funciones reservadas al Congreso.

Decimos “famosa” por sus nefastas consecuencias económicas, por ser la panacea de la banca y por ser un documento de escasísima juridicidad, en nuestro criterio personal así como en el de grandes juristas venezolanos. Así pues nada obsta para que la Sala competente revise el citado fallo y modifique el criterio jurisprudencial fijado por esta sentencia “famosa” con base a los argumentos aquí expuestos u otros mejores.

CAPÍTULO 6

ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES NORMAS JURÍDICAS RELATIVAS A LAS TASAS DE LOS INTERESES

A continuación expondremos las principales normas que regulan el tema de las tasas.

1) Artículo 1746 del Código Civil:

El interés es legal o convencional. El interés legal es el tres por ciento anual. El interés convencional no tiene más límites que los que fueron designados por ley especial, salvo que, no limitándolo la Ley, exceda en una mitad al que se probare haber sido interés corriente al tiempo de la convención, caso en el cual será reducido por el Juez a dicho

interés corriente, si lo solicita el deudor... *El interés del dinero prestado con garantía hipotecaria no podrá exceder en ningún caso del uno por ciento mensual.*

La redacción de este artículo pudo ser más completa. Acepta la tasa convencional en el ámbito civil en tanto no sea contraria a una norma especial y no exceda en una mitad a la vigente en el mercado. No establece una tasa fija máxima cobrable que no sea la de la Ley especial, la fijada por el mercado o la del supuesto concreto del préstamo con garantía hipotecaria. En cuanto a la tasa aplicable a la libre convención o a la del mercado debe aplicarse subsidiariamente la fijada por el art. 108 del Código de comercio. No hay equívoco alguno pues el artículo 1746 encuentra una concordancia perfecta con el art. 108 del Cód. de Com. que consagra la tasa vigente en el mercado no pudiendo exceder esta del 12% anual. De este artículo 1746, nos interesa el análisis de la parte *in fine*, o sea la referente a la tasa del 12% anual en los préstamos con garantía hipotecaria. Acogemos el criterio del Dr. Leopoldo Borjas cuando sostiene: “La jerarquía de las fuentes legales en el derecho mercantil venezolano sólo permite recurrir subsidiariamente al Código Civil cuando el código de comercio y demás leyes especiales de carácter mercantil no resuelven en forma precisa el caso subjudice...”

... mientras las normas abstractas de alguna ley no hayan sido complementadas mediante los actos administrativos de los órganos competentes que ellas mismas señalen, el vacío que representa la carencia de una norma mercantil que pueda poner coto a la estipulación abusiva o usuraria de intereses debe ser llenado por la norma subsidiaria del Código Civil. Esta norma subsidiaria no es otra que la contenida en el tercer aparte del artículo 1746 arriba transcrito) ...

Concluye Borjas Hernández:

La excepción exige la presencia de dos elementos: primero, que se trate específicamente de un contrato de préstamo y segundo, que ese préstamo esté garantizado con hipoteca. SI ASI FUERE EL CASO, EL INTERÉS NO PODRÁ EXCEDER DEL DOCE POR CIENTO (12%) ANUAL”.(Los Intereses y la Usura - Estudios Jurídicos ERDM 1, pág. 69, presentado por Luís Felipe Urbaneja - Caracas 1988. En igual sentido, misma obra, págs. 65 y 66).

La propia Sala Político Administrativa en su sentencia del 19/2/81 acoge el criterio de Borjas, así:

... En consecuencia es perfectamente aplicable en materia mercantil la regla expresada en el tercer aparte del artículo 1746 del Código Civil que, aunque se refiere específicamente al contrato de préstamo, debe extenderse por analogía a cualquier otra convención en la que se estipule el pago de intereses.

En nuestro criterio y en el de juristas como Vegas Rolando, Muci y otros, esta parte in fine del artículo 1746 está vigente y, en nuestro criterio, por su especialidad, -préstamo con garantía hipotecaria-, al ser un precepto obligatorio del derecho privado, se aplica tanto en materia civil como mercantil y según criterio del Dr. Borjas se aplicaría por vía subsidiaria al tenor del art. 8 del Cód. de Com.. Así mismo, como analizaremos más adelante, en nuestro criterio debe aplicarse igualmente en el ámbito bancario el cual integra el régimen mercantil (ord. 14 del art. 2 del Cód. Com.). Cuando más adelante se analiza el artículo 46 de la Ley del Banco Central y la Sentencia de la S.P.A. de la C.S.J. del 19/2/81, se demuestra la vigencia de este artículo pues nunca fue derogado ni abrogado como tampoco el art. 108 del Cód. de Com. que, como dijimos, concurrentemente establece la tasa máxima del 12% anual. Este artículo 1746 data del Código Civil del año 1942.

2) *Artículo 108 del Código de Comercio:* “Las deudas mercantiles de sumas de dinero líquidas y exigibles devengan de pleno derecho el interés corriente en el mercado, *siempre que éste no exceda del doce por ciento anual.*”

Este artículo, norma de orden público y vigente sin lugar a dudas, consagra la facultad del mercado para fijar una tasa promedio en sus operaciones y pone tope a cualquier convención. La tasa variable nunca puede exceder del 12% anual. La tasa del 12% anual máxima en el mercado mercantil fijada por el art. 108 del Cód. de Comercio coincide con la misma tasa establecida en el art. 1746 del Cód. Civil y en el Decreto N° 247 sobre Represión de la Usura, de 1946, única parte vigente de dicho Decreto junto con la sanción “... prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa, equivalente en bolívares de seiscientos (600) a dos mil (2.000) días de salario mínimo urbano...” de acuerdo a la reciente reforma de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del 17 de mayo de 1995. Este artículo 108 del Cód. de Comercio es norma de orden público y pertenece al código de comercio del año 1919.

3) *Artículo 96 de la Constitución*: “ ... La ley dictará normas para impedir la USURA, la indebida elevación de los precios y, en general, las maniobras abusivas encaminadas a obstruir o restringir la libertad económica.”

La Constitución actual data del 23 de enero de 1961 y consagra la USURA en su artículo 96. Esta norma constitucional ha sido del todo violada desde el dictamen de la Sala Político Administrativa del 19 de febrero de 1981 y no ha sido reivindicada por nadie no obstante la vigencia de la parte in fine del Decreto Nº 247 sobre Represión de la Usura, de 1946 que tipifica como delito el cobro de una tasa superior al 12% anual y la sanción consistente en “... prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa, equivalente en bolívares de seiscientos (600) a dos mil (2.000) días de salario mínimo urbano...” de acuerdo a la reciente reforma de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del 17 de mayo de 1995. La tipificación de delito por cobrar una tasa superior al 12% anual no fue abrogada ni derogada como tampoco la vigencia de los artículos 108 y 1746 de los códigos de comercio y civil respectivamente que concurrentemente con el referido Decreto Legislativo fijan la tasa del 12% anual como tope máximo aplicable en cualquier operación civil como mercantil y por ende, bancaria ya que el art. 46 de la Ley del Banco Central de Venezuela, en mi criterio y en el de varios juristas venezolanos como Melich Orsini y Nicolás Vegas Rolando, no los ha abrogado, derogado ni hecho inaplicables.

4) *Decreto Nº 247 sobre Represión de la Usura, de 1946.*

Art. 1º “Cualquiera que intencionalmente se valga de las necesidades apremiantes de otro para obtener ... un beneficio notoriamente desproporcionado...”.

Sin perjuicio de la limitación que establece el Código Civil en su artículo 1746, se considera constitutivo del delito de USURA el préstamo de dinero en el cual se estipule o de alguna manera se obtenga un interés que exceda de uno por ciento (1%) mensual.

Este Decreto fue abrogado parcial e implícitamente –derogación tácita– no por incompatibilidad de parte del Decreto de Represión de la Usura con la Ley de Protección al Consumidor sino porque el artículo 6 de la Ley de Protección al Consumidor del 2 de septiembre de 1974 y porque el art. 62 de su reforma del 24 de marzo de 1992 repiten

prácticamente el contenido del Decreto de Represión de la Usura es decir legislan igual materia, –privando la última norma sobre las anteriores– salvo en lo referente a

... Sin perjuicio de la limitación que establece el Código Civil en su artículo 1746, se considera constitutivo del delito de USURA el préstamo de dinero en el cual se estipule o de alguna manera se obtenga un interés que exceda de uno por ciento (1%) mensual.

Pero en la última reforma de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del 17 de mayo de 1995 se abrogó el concepto genérico de Usura como veremos más adelante quedando tan sólo el concepto específico de Usura y también se modificó la pena en ambos casos. En síntesis, la parte in fine del Decreto sobre la Usura, –norma especial–, y la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del 17 de mayo de 1995, -norma general- no sólo no coliden sino que se complementan. Es por lo que puede sostenerse objetivamente, nunca dejó de ser constitutivo del delito de Usura el cobro de una tasa superior al 12% anual, tanto en el área civil como mercantil, pues el legislador nunca distinguió entre usura civil ni usura mercantil, tesis en la que concurren los Dres. Melich Orsini, Aguilar y Perez Luciani y en nuestro criterio en el área bancaria que es parte de la mercantil pues ninguna norma ha establecido lo contrario, por escrito, expresamente que no sea la interpretación contra legem de la Corte. Siendo el Decreto de Usura una norma de orden público, al tenor del art. 6; del ord. 3º del art. 1141 y del art. 1155 del Cód. Civil la misma no puede ser quebrantada por convenios particulares siendo estos últimos, por ende, nulos de nulidad absoluta. Sostienen igualmente la tesis de la vigencia de la Usura bancaria causada mediante el cobro de una tasa superior al 12% anual juristas de la talla del Dr. José Melich Orsini y el Dr. Nicolás Vegas Rolando. Fuera de la sanción “... prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa, equivalente en bolívares de seiscientos (600) a dos mil (2.000) días de salario mínimo urbano...” de acuerdo a la reciente reforma de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del 17 de mayo de 1995 no está tipificado el delito de Usura en el Código Penal a pesar de estar consagrada en una norma programática como es el artículo 96 de la Constitución.

5º) *Ley de Protección al Consumidor de fecha 2 de septiembre de 1974. Artículo 6.*

“Constituye delito de USURA todo acuerdo o convenio, cualquiera que sea su naturaleza, por el cual una de las partes obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionado a la prestación que por su parte verifica, en atención a las circunstancias en que se realice la operación.”

Esta Ley fue derogada por la Ley de Protección al Consumidor de fecha 24/mar/1992.

6) *Ley de Protección al Consumidor del 24 de marzo de 1992*

Art. 62º) “Queda expresamente prohibido y se considera punible: ... 3º) La USURA entendida como todo acuerdo o convenio, cualquiera sea su naturaleza, por el cual una de las partes obtenga para sí o para un tercero, directa o indirectamente, una prestación que implique una ventaja o beneficio notoriamente desproporcionados a la contraprestación que por su parte realiza.”

Esta Ley fue abrogada parcialmente por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del 17 de mayo de 1995. (G.O.E. Nº 4897 del 17 de mayo de 1995).

7) *Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del 17 de mayo de 1995*

El Capítulo II del Título I referente a los Derechos de los Consumidores y Usuarios contiene tres artículos, a saber el 6, 7 y 8 que contemplan la actividad bancaria y protegen por ende a sus usuarios. El art. 7 de esta Ley incluye en su ámbito de aplicación la banca y otros entes financieros, cuando sostiene:

Las personas naturales y jurídicas que se dediquen a la comercialización de bienes y a la prestación de servicios públicos, como *la banca y otros entes financieros, las empresas de seguros y reaseguros, las empresas emisoras de tarjetas de crédito*, cuyas actividades están reguladas por leyes especiales... están obligadas a cumplir todas las condiciones para prestarlos en forma continua, regular y eficiente.

El art. 8 sostiene: “Los derechos de los consumidores y usuarios consagrados en esta Ley son irrenunciables...”

El art. 17 sostiene:

Los intereses económicos de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley y éstos tendrán derecho a ser indemnizados por los daños y perjuicios demostrados que el proveedor les ocasione.

El art. 70 tipifica como delito de Usura el cobro de intereses, comisiones o recargos por encima de los máximos fijados por el Ejecutivo Nacional oída la opinión del Banco Central de Venezuela.

En las operaciones de venta a crédito de bienes o servicios o de financiamiento para tales operaciones no podrá obtenerse a título de intereses, comisiones o recargos, ninguna cantidad por encima de los máximos que sean fijados por el Ejecutivo Nacional, oída la opinión del Banco Central de Venezuela, en atención a las condiciones existentes en el mercado financiero nacional; *los infractores de esta disposición incurrirán en delito de usura.*

Este artículo tipifica como usura el cobro de intereses y comisiones más allá de los fijados por el Ejecutivo Nacional. Pero no creemos que este artículo limita el concepto de usura al cobro excesivo de intereses. Para nosotros existe el concepto genérico de usura o usura *latus sensu* como es el caso del delito de estafa que es un concepto general y que puede darse en infinidad de formas. En nuestro criterio, sigue siendo válido el expuesto en dicha reforma del año 1992, a su vez consecuente con la norma programática del art. 92 de la Constitución Nacional, que configura la usura como delito general y que no es letra muerta.

El Capítulo II del Título IV regula los ilícitos Administrativos y establece sus sanciones. No es sino en el Título V, Capítulo I que el legislador crea los Delitos y Sanciones, distinguiendo, claramente, entre infracciones y delitos. El art. 108 crea una pena "...de prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa, equivalente en bolívares de seiscientos (600) a dos mil (2.000) días de salario mínimo urbano...", y tipifica como delito: "En la misma pena incurrirá quien en operaciones de crédito o financiamiento obtenga a título de intereses, comisiones o recargos de servicio una cantidad por encima de las tasas máximas respectivas fijadas por el Banco Central de Venezuela".

De ello podemos inferir que el cobro excesivo de intereses más allá de lo establecido por el Ejecutivo Nacional constituye delito de usura

lo cual está penado con "...prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa, equivalente en bolívares de seiscientos (600) a dos mil (2.000) días de salario mínimo urbano." Y siendo como sostuvimos que el Ejecutivo Nacional ni el Banco Central de Venezuela han sido autorizados, en ningún momento ni en ninguna norma que conozcamos, para fijar las tasas de los intereses, concreta y específicamente, más allá del 1% mensual ó 12% anual, bien porque así ha sido siempre la voluntad del legislador bien por desidia o ignorancia en la técnica legislativa, sigue vigente lo establecido en el Decreto Nº 247 sobre Represión de la Usura, de 1946 que reza: "... Sin perjuicio de la limitación que establece el Código Civil en su artículo 1746, se considera constitutivo del delito de USURA el préstamo de dinero en el cual se estipule o de alguna manera se obtenga un interés que exceda de uno por ciento (1%) mensual." A la luz de nuestro Derecho positivo y reglado, no obstante las reformas y las abrogaciones citadas, al no haberse derogado ni abrogado, al menos, los artículos 108 y 1746 de los Códigos de Comercio y Civil ni el tope numéricamente fijado del 12% anual, el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela, en sus respectivas funciones, podrán fijar las tasas máximas entre el 1% y el 12% anual. Sí fue abrogada con la última reforma de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario del 17 de mayo de 1995 la pena o castigo establecido en el Decreto Ley Nº 247 que tipificaba la usura genérica y la usura específica por el cobro de más del 12%"Y les fijaba una pena de prisión hasta de dos años o con multa hasta de diez mil bolívares. Actualmente la pena es de "...prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa, equivalente en bolívares de seiscientos (600) a dos mil (2.000) días de salario mínimo urbano."

Lo sostenido parecerá anacrónico pero creemos es la única forma de interpretar y de aplicar las normas si no queremos caer en la interpretación parcializada y finalmente en la anarquía. Hay que legislar y el legislador tendrá que asumir sus responsabilidades. Pero no se puede sustituir la función legislativa mediante la interpretación judicial porque entonces se acaba el Estado de Derecho.

8) *Ley del Banco Central de Venezuela del 30 de diciembre de 1974 parcialmente reformado el 18 de julio de 1984 y el 30 de noviembre de 1992.*

Art. 46º)

El Banco Central de Venezuela será el único facultado para regular las tasas de interés, incluyendo la fijación de las tasas máximas y mínimas que los bancos y demás instituciones financieras, privados o públicos, regidos por la Ley General de Bancos y otros institutos de crédito y por otras leyes, podrán cobrar y pagar por las distintas clases de operaciones activas y pasivas que realicen. El Banco Central de Venezuela deberá analizar trimestralmente el diferencial de intereses que exista entre las tasas activas y pasivas ajustándolo a un límite que pueda generar una rentabilidad razonable al sistema financiero.

En la modificación de la Ley del Banco Central de Venezuela de fecha 5 de diciembre de 1960, publicada en la G.O. Ext. 659 del 18-01-1961, en su artículo 57 se consagró la facultad exclusiva del Banco Central para fijar las tasas máxima y mínima.

El año 1960 estaba vigente el Decreto Decreto Nº 247 sobre Represión de la Usura, de 1946 que tipificaba como delito de "... USURA el préstamo de dinero en el cual se estipule o de alguna manera se obtenga un interés que exceda de uno por ciento (1%) mensual."

Este hecho es importante recordar más adelante para enfrentar la tesis parcializada del sentenciador, a mi entender, que sustenta que el artículo 46 de la citada Ley del Banco Central facultó al mismo a fijar la tasa máxima independientemente del 12% anual ya fijado por los artículos 108 y 1746 de los códigos de comercio y civil respectivamente. Cuando el legislador consagró la facultad del Banco Central Central para fijar las tasas, nunca pudo pensar en tasas superiores al 12%, estando vigente el Decreto que tipificaba el delito de USURA el cobro superior al 12% anual. Como resulta evidente y destacaremos más adelante, en este famoso artículo 46 sólo se consagra la facultad exclusiva del Banco Central de Venezuela para fijar las tasas máxima y mínima que los bancos y entes financieros pueden aplicar en sus funciones de intermediación, pues, como es evidente, en ninguna forma ni momento son derogados en este artículo, expresa ni tácitamente, los citados artículos 1746 del código civil ni 108 del código de comercio que fijan la tasa máxima del 12% anual. De haber sido la voluntad del legislador autorizar la fijación de las tasas por encima del 12%, hubiera derogado los mencionados artículos, expresa o tácitamente, al sostener en el citado art. 46 que el Banco Central de Venezuela podía fijar tasas superiores al 12% anual o bien, expresamente, derogando el límite del 12% anual establecido en sendos

artículos 1746 del código civil y 108 del código de comercio. Repito, nunca fue la voluntad del legislador derogar el límite del 12% fijado por el código de comercio sino la de otorgar al Banco Central la autoridad exclusiva para fijar los límites máximo y mínimo de las tasas, pues el contenido de este artículo 46 tuvo vigencia desde el año 1960, fecha en la cual ni se pensaba en aumentar las tasas más allá del 12% pues no había inflación mayor y por constituir ello el delito de usura. No es sino a partir de 1980 cuando las tasas se elevan en Venezuela por indebida liberación de las mismas que hace el Banco Central. Mal puede inferir la Corte una voluntad en el legislador del año 1960, del todo inexistente.

Así pues, como un adelanto, con fundamento en las citadas normas, podemos sostener objetivamente que el Banco Central de Venezuela sí es el único ente facultado para fijar las tasas máxima y mínima que pueden aplicar los bancos y entes financieros y que esta facultad queda limitada a las tasas comprendidas entre el uno y el doce por ciento anual establecidos en los citados artículos 1746 del código civil y 108 del código de comercio, los cuales siguen vigentes, con pleno efecto pues no han sido derogados. No tenemos conocimiento de ninguna disposición adicional que derogue los mencionados artículos y por ende autoricen a cobrar una tasa superior al 12% anual. En cuanto a la referida tasa en el mercado, ésta concepción es perfectamente válida pero no debería ser más allá del referido límite legal establecido en el art. 108 del código de comercio, del 12% anual.

9) Resolución Nº 97-07-02 del Banco Central de Venezuela por el cual cede a la Banca la facultad para que la misma fije las tasas máxima y mínima de los intereses.

Con fecha 7 de agosto de 1997, en la Gaceta Oficial Nº 300.649, el Banco Central de Venezuela, con fundamento en los artículos 21, ordinal 10º y 46 de la Ley del Banco Central en concordancia con los artículos 5 y 28 de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, resolvió, en síntesis, ceder su facultad exclusiva para la fijación de las tasas máxima y mínima a la Banca mediante pacto de esta última con sus clientes, tomando en cuenta las condiciones del mercado.

Tal delegación de funciones es una flagrante violación de las normas de Derecho Público y viene a corroborar el compromiso del Banco Central de Venezuela con la banca en general, de espaldas al país y al consumidor

en particular como sucedió durante el año 1998 cuando las tasas ascendieron al 100% anual.

Los referidos artículos consagran la facultad exclusiva del Banco Central para regular las tasas de los intereses y no prevén posibilidad alguna de delegación de dicha facultad a terceros.

Es principio y Doctrina en el Derecho Público, a cuya esfera pertenece el Banco Central de Venezuela, —establecimiento público asociativo, integrante de la Administración Pública Descentralizada cuyos actos son recurribles por ilegalidad ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo—, que toda facultad otorgada por Ley a un ente o funcionario engendra, paralelamente, la obligación de cumplir con la misma, así sustentado en el principio conocido como “deber-poder” donde ambos van a la par y son inseparables. Es posible que para la mejor ejecución de la función administrativa, ésta sea delegada en otro funcionario adscrito a la misma rama de la administración, mediante acto delegatorio debidamente suscrito por el Superior y publicado en la Gaceta Oficial. Pero salvo casos específicos de concesión de servicios, por ejemplo, para el cobro de tasas en autopistas, en puertos, aeropuertos y para el cobro de impuestos creados por Ley, actuando el concesionario en nombre y representación del Fisco, la función administrativa es “intuitu personae” y no es susceptible de delegación y menos en forma ilimitada. En el caso del Banco Central de Venezuela no cabe la menor duda que dicha delegación es contraria a Derecho y por ende nula, pues el propio artículo 46 de su Ley especial así lo dice expresamente: “El Banco Central de Venezuela será el único facultado para regular las tasas de los intereses...”.

La Resolución en estudio dice que las tasas serán pactadas por la banca y sus clientes conforme a las condiciones del mercado. Al respecto, podemos sostener es un hecho público y notorio que no requiere por tanto de prueba: 1º) que las tasas siempre las fija el banco y que sus contratos de préstamo son los típicos contratos llamados de “adhesión”, por lo que la voluntad del cliente es del todo inexistente lo cual es también del conocimiento del B.C.V.; 2º) que el banco, cuando no fija el interés unilateralmente, asume el promedio fijado por los cinco o seis principales bancos del país y siempre con ausencia total de la voluntad del cliente. Ahora bien, ¿acaso todos los bancos no persiguen la misma meta, sea fundamentalmente la de la intermediación y el cobro de tasas activas y pago de tasas pasivas a sus clientes y los bancos no están, acaso, unidos entre sí y exclusivamente a través de la Asociación Bancaria?

¿Acaso la banca, durante el año 1998, preguntó a sus clientes si estaban de acuerdo en variar la tasa acordada en el préstamo, originalmente pactada al 30% anual, por ejemplo, y en elevarla al 80 o 90% ó más? Así pues, cuando los principales bancos están fijando la tasa promedio es, prácticamente, el propio banco, su asociado bancario, quien lo hace con ausencia total de aquiescencia, pacto o convenio y, más aún, de participación de parte del cliente en la fijación de la tasa. La fijación unilateral de la tasa de parte del banco hace nula la fijación de conformidad con el artículo 1202 del código civil, que no es letra muerta.

En cuanto a las condiciones del mercado referidas en la Resolución del B.C.V., no son otras que las fijadas o impuestas por la propia banca.

10) *Ley General de Bancos y otros Institutos de Crédito del 22 de mayo de 1975.*

Art. 153º) "...Los tipos de interés y comisiones, así como las tasas de descuento aplicadas, no podrán ser superiores a los que fije el Banco Central de Venezuela."

Esta Ley fue derogada el 23 de diciembre de 1987 la cual fue a su vez derogada por la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras de fecha 28 de octubre de 1993. En esta reforma el art. 28 ratifica la facultad del Banco Central de Venezuela para fijar las tasas que aplicarán los bancos y demás instituciones financieras en su función intermediadora por lo que concuerda con el citado 153 y con lo establecido en el citado artículo 46 de la Ley del Banco Central en el sentido que éste último es el único ente facultado para fijar las tasas bancarias.

Art. 28º) Los bancos, instituciones financieras y empresas emisoras de tarjetas de crédito, estarán sometidos a las disposiciones que en materia de encaje y tasas de interés establezca el Banco Central de Venezuela."

Como se puede apreciar esta disposición, al igual que el referido art. 46 de la L.B.C.V., tampoco hace referencia directa ni indirecta a la tasa máxima 12% anual establecida por los arts. 1746 del Cód. Civil ni 108 del Cód. de Comercio ni al Decreto sobre Represión de la Usura como tampoco a dichas normas de orden público las cuales siguen vigentes.

11) Decreto Nº 2442 del Pacto Andino - Acuerdo de Cartagena. Reglamento del Régimen Común de Tratamiento de los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías.

Art. 57) “En los contratos de crédito externo, la tasa máxima de interés efectiva anual será determinada por la Superintendencia de Inversiones Extranjeras, con carácter general, oída previamente la opinión del Banco Central de Venezuela...”

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

a. Obras diversas
Selección y comentarios a cargo de Alberto
Baumeister T.

La Hipoteca Inmobiliaria en la Doctrina y la Casación durante el trienio 1992/1994, José Luis Aguilar Gorrondona. Publicaciones de la Ucab, Editorial Ex libris, Caracas, Venezuela, 117 p. Isbn 980-07-4665-X

Como resulta de costumbre el conocido y reputado Profesor Aguilar G. con su claro y ordenado estilo nos entrega en este trabajo un interesante análisis sobre el problema a que alude el título de su obra, así como de lo que a su juicio debe ser la recta solución que debe darse al inadecuado planteamiento que ha pretendido formularse sobre algunos de los principios que caracterizan la hipoteca en nuestro sistema vigente, incorrección que ha surgido, como lo destaca el comentado autor de la aparición del libro del Dr. Adolfo Paolini P., reseñado en dicha obra, cuyo fundamento principal, a su vez, es resultado de la indebida interpretación que se ha hecho de dos sentencias de nuestra Sala de Casación Civil que se refieren a dichos temas, dictadas durante el interregno de tiempo que se indica en el título de la obra.

Aguilar hace por igual un análisis de la posición que adopta y expone sobre el tema el doctor Adolfo Antonio Paolini Pisani, en una obra que sobre el mismo tema apareciera publicada aproximadamente en 1994 (La ejecución de hipoteca y los cupos o líneas de crédito bancarias,

Edit. Lito formas, San Cristóbal, Venezuela) y la que a su juicio incurre igualmente en errores sobre la interpretación de los principios aplicables tanto a la hipoteca como al cupo de crédito bancario.

Concretamente, los fallos en referencia fueron los dictados el 1 de julio de 1992 y 21 de octubre de 1993, y son los que a su vez invoca el doctor Paolini P. como fundamento de los argumentos expuestos en su obra en la que pretende defender entre otras las siguientes posiciones:

Que la hipoteca ejerce decidida influencia sobre la obligación principal garantizada por aquella; que por su carácter accesorio, ella supone que previa a su constitución, el acreedor mantenga un derecho personal o de crédito, que la preexiste; que por tal razón, el derecho de crédito por ella garantizado, esta sometido a la misma publicidad registral que ella; que el procedimiento de ejecución de hipoteca es esencialmente civil, y por último como sutilmente lo califica el Profesor Aguilar, se deja colar la tesis de que “ciertos derechos no pueden ser garantizados con hipoteca inmobiliaria”.

El autor reseñado, señala que Paolini, para provocar mayor confusión sobre el tema, afirma que la mentada institución en derecho bancario, no es susceptible de garantizarse con hipoteca, con lo cual se ha producido ciertamente el desvelo de muchos y el temor de algunas instituciones bancarias, para continuar concediendo las denominadas “líneas de crédito”, a lo cual se ha aunado, la incorrecta interpretación que a dicha figura desde el punto de vista de riesgo financiero, ha venido dándole la Superintendencia de Bancos.

En su trabajo, nuestro apreciado y recordado profesor Aguilar, pretende poner las cosas nuevamente en su lugar, explanando la recta interpretación que conforme al texto legislativo vigente deben darse a los principios que regulan la hipoteca y aclarando por igual que en nuestro sistema si se admiten las hipotecas sobre obligaciones futuras, por supuesto siempre determinadas o determinables, y con ello que resulta así mismo posible establecer hipotecas en garantía de cupos o líneas de crédito bancarias, procurando dejar fuera de toda duda la pertinencia y legalidad de dicha institución, la cual reviste particular importancia en el buen funcionamiento del crédito mercantil y ordinario.

La obra se lee con la misma fruición con la cual quienes hemos sido sus alumnos le escuchábamos sus gratas y magistrales clases y se desarrolla con detallada metodología, analizando separadamente lo que

él considera son errados argumentos de Paolini y el verdadero contenido de los mencionados fallos.

Respecto a estos últimos hace un exhaustivo examen del verdadero contenido de los pronunciamientos de la Sala de Casación Civil sobre dichos temas, para concluir destacando que nuestro máximo Tribunal en forma alguna hizo pronunciamiento concreto sobre los puntos de derecho que sustentan los principios que regulan la hipoteca, en particular sobre “la triple especialidad que exige como requisito sustancial la Hipoteca” y que por el hecho de sostener, en razón de las denuncias formuladas “que pasa y reconoce lo determinado por la Primera instancia, en forma alguna con ello puede deducirse se acogen los errados principios que la misma atribuye a la hipoteca.

Por lo demás resalta que en los casos examinados por nuestro máximo Tribunal, el problema de fondo es que los documentos en los que quedaron constituidas las hipotecas, no se daba cumplimiento a la debida determinación de las garantías, al requisito de especialidad, lo cual resulta ser muy diferente a que pueda asentarse la improcedencia de esas modalidades de hipoteca y mucho menos de que no sean admisibles los llamados cupos de crédito con garantía hipotecaria.

Afirma categóricamente Aguilar, que la precisión efectuada por los comentados fallos de que las obligaciones que se garantizan con la hipoteca, deben estar debidamente determinadas en el documento de hipoteca, no permite inferir ni que dichas obligaciones estén sometidas a la misma publicidad registral que la hipoteca, ni demuestran la necesidad del registro de aquellas, por el solo hecho de que deban ser obligaciones “determinadas”, en tanto que inclusive pueden ser determinadas en otro documento.

Por igual en la obra objeto de comentario, se llega a la conclusión de que tanto desde el punto de vista sustantivo, como adjetivo, el procedimiento de ejecución de hipoteca no es necesariamente civil, lo que se hace con argumentos históricos, de interpretación estricta de los textos legales, y por la naturaleza accesoria que tiene dicha garantía (en apoyo de lo cual se traen a colación los fallos de la misma Sala de Casación del 26-1-66 y 6-11-91)

La última parte de la obra reseñada está dedicada al análisis de los fallos de Casación, a la interpretación correcta que debe darse a los que constituye verdadera “Doctrina de Casación y al valor que debe darse al

mandato contenido en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, sobre lo cual remata el comentado autor destacando que “procurar acoger la doctrina de casación en casos análogos no significa “tener que hacerlo”” punto sobre el cual manifestamos nuestra particular coincidencia con Aguilar y así lo hemos sostenido en Conferencias y en nuestras clases de Procedimiento Civil.

Pero en adición a lo comentado, en su análisis de dichos fallos, Aguilar concluye destacando que los argumentos utilizados en los fallos, que pudieren dar lugar a considerar una indebida interpretación del principio de especialidad, lo que en verdad procuran es demostrar que los documentos que sirven de asiento a las hipotecas analizadas en sendas sentencias, existe imprecisión sobre el monto y las obligaciones garantizadas, y que por tanto no pueden extenderse tales interpretaciones para considerar Doctrina de la Sala, que queden proscritas las hipotecas sobre obligaciones futuras o eventuales.

En torno al principio de la especialidad de la hipoteca, por igual dichos fallos sólo conducen a establecer, que la exigencia de determinación lo que exige resulta ser que la obligación garantizada debe quedar indubitablemente precisada, pero sin entrar a fijar los detalles de como debe ser tal precisión, ni que el texto legal vaya más allá de proscribir las hipotecas generales ni las hipotecas ilimitadas, para concluir en que lo importante resulta ser no la determinación, sino la determinabilidad indubitable de la obligación garantizada, sin importar las menciones concretas utilizadas al efecto, sobre todo lo cual abonan argumentos de carácter histórico, pero que ciertamente, diferentes a los de hoy en día, quedan reducidos al mínimo necesario, adoptados como han sido hoy los principios de publicidad de la hipoteca y de su especialidad tanto respecto de los bienes gravados como de la cuantía del gravamen, los cuales satisfacen el carácter de accesoriedad típico de la hipoteca.

Sabemos que mucho puede decirse sobre el tema, y esperamos que la obra de Aguilar y de Paolini dejen abierto el debate, pero el detallado análisis de los principios aplicables efectuado por Aguilar, definitivamente contribuyen a despejar dudas al respecto y dejan a un lado la importancia que ha pretendido darse a los comentados fallos de nuestra Casación para sostener lo contrario a la existencia de las hipotecas sobre obligaciones futuras y eventuales y a la legalidad y pertinencia de la figura de los “Cupos de Crédito”.

Francamente recomendamos la lectura de esta importante publicación para aclarar los problemas analizados, de tanta actualidad hoy en día y que enfrentan la posición radicalmente contraria sustentada por la obra de Paolini y deseamos vivamente que la Sala de Casación tenga una verdadera oportunidad para pronunciarse expresamente sobre dichos temas.

Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario, Tomo II, Román J. Duque Corredor. Ediciones Fundación Pro Justicia, Colección Manuales de Derecho, Talleres Italgráfica, Caracas, Venezuela, 1998, 484 p. isbn 980-07-5432-6.

Nos entrega ahora el autor el complemento de su primer tomo, con el mismo nombre, en el cual con lenguaje claro y sencillo pero no ajeno a la profundidad de los temas tratados examina en dieciséis capítulos que conforman el Segundo Tomo de la obra, temas tan importantes como La Cuestión de Hecho en el Derecho, Sistemática y límites de la Cosa Juzgada, Los terceros procesales, (a los que se dedican tres capítulos), El Procedimiento Cautelar, también examinado en tres de sus capítulos, que van desde el examen de la función jurisdiccional cautelar, pasa por un detallado examen de la cautela nominada e innominada, concluyendo con el estudio relacionado con el trámite de las incidencias cautelares y el de la oposición a las medidas.

El capítulo IX está dedicado al estudio sistemático de los Recursos, y contiene un detallado examen de la actividad impugnativa (sistema, límites, motivos y efectos). En el Capítulo X, bajo el título Propedéutica de la Casación, hace un interesante análisis del régimen de la Casación en el nuevo Código de Procedimiento y de sus nuevas instituciones, entre otras la Casación sin reenvío y aporta interesantes observaciones sobre la Casación Múltiple.

En el siguiente Capítulo introduce como novedad un examen detallado sobre Moral y Proceso, haciendo análisis del fraude procesal, los poderes del Juez para corregir las faltas de lealtad en el juicio y termina recomendando la conveniencia de insertar en futuras reformas normas que faculten a los jueces para sancionar la temeridad y mala fe procesales. Para nosotros, es

por igual importante destacar que por primera vez un autor patrio desarrolla temáticamente estos aspectos y su incidencia procesal.

El capítulo XII, está dedicado a las demandas ordinarias del Contencioso Administrativo, los dos siguientes al examen del nuevo procedimiento Oral en nuestro sistema procesal civil, en el XV se examina el sistema procesal de Justicia de Paz y el XVI culmina la obra con un análisis comparativo entre la Casación y el Contencioso Administrativo.

Por supuesto que hacer un examen al detalle de todo cuanto nos trae el Profesor Duque en su nueva obra carecería de sentido y propósito en una nota de recensión de la obra, pero no podemos dejar de resaltar algunos aspectos de relevante interés sobre su nueva publicación, que ponen de manifiesto la importancia de esta obra para los abogados y estudiosos del derecho.

En efecto en lo relacionado a sus comentarios sobre las cuestiones de hecho en el proceso, claramente pone en evidencia los límites del llamado poder de apreciación de los hechos por los jueces de instancia y el poder de censura de Casación, previsión expresa que ahora consagra el nuevo CPC para tales efectos.

El autor hace un exhaustivo y completo examen de toda la nueva regulación de la intervención de los terceros en el proceso de acuerdo a la reforma de dicha institución en el Cpc ahora vigente, con importantes acotaciones sobre aspectos novedosos en la materia.

En cuanto al examen del procedimiento cautelar, el autor trata sistemáticamente una serie de nuevos aspectos que contempla la reforma del Código al respecto y concluye con atinados comentarios sobre el artículo 606 del CPC del que se desprende la doble potestad jurisdiccional de que está investido el Juez de la Causa: para resolver sobre el fondo y para atender a la necesidad de cautela anticipada que garantice la ejecución y efectividad de la futura Sentencia en el proceso principal.

El capítulo relativo a las demandas ordinarias en el Contencioso Administrativo, merece todo nuestro elogio pues de una manera resumida y clara se analizan los aspectos relevantes de dicho proceso, a lo que se unen actualizados comentarios sobre posiciones doctrinarias y jurisprudenciales relacionadas con algunos aspectos que presenta la temática del Contencioso Administrativo (extensión de los fueros privilegiados del Estado, el régimen de notificaciones al Procurador, etc.).

En lo relacionado al examen del Juicio Oral y del Procedimiento de Justicia de Paz, estimamos que el autor hace un completo análisis de sus instituciones, que hasta ahora no teníamos en nuestra doctrina patria, y a cuyos acertados comentarios remitimos a los lectores y por supuesto que con igual fruición recomendamos la lectura del último capítulo, en el cual Duque nos hace un interesante recuento del iter procedimental de los medios de control jurisdiccional de los actos de los poderes públicos que contienen pretensiones anulatorias, poniendo de manifiesto sus parecidos y diferencias.

Sobra destacar que en todo el Libro encontramos citas al día sobre las nuevas orientaciones doctrinarias y jurisprudenciales referidas a los temas analizados a lo largo de sus 16 capítulos, con expresión del parecer que ellos merecen al autor.

Felicitemos sinceramente al Profesor Duque por su nueva obra, la cual damos por seguros será un útil instrumento de trabajo para todos los que transitamos por la investigación, el estudio, ejercicio y docencia del Derecho.

Temas sobre Derecho de Seguros. Acedo Mendoza, Manuel y Acedo Sucre, Carlos Eduardo. Edit. Jurídica Venezolana, Venezuela, Isbn - 980-365-027-0, 340 p. Edición ampliada de la Ponencia La Empresa de Seguros (1988).

La obra se divide en dos partes, la primera destinada al estudio de la estructura y funcionamiento de la empresa de seguros (10 Capítulos) que analizan los temas que van desde el concepto de empresa aseguradora, intervención del Estado en la misma, su constitución, capacidad y objeto, capital y nacionalidad, régimen de las Reservas, normativas sobre su inversión, normas sobre administración de la empresa y concluye con el examen de las normas sobre intervención y revocatoria de la autorización de las aseguradoras.

La segunda parte, integrada por ocho capítulos donde se examinan los aspectos atinentes a relaciones de la empresa aseguradora con el ente supervisor, fusión de las empresas de seguros, Productores de Seguros y otros facilitadores, La póliza, la prima y su pago, riesgo y siniestro, Cláusulas de exoneración de la responsabilidad de la aseguradora y el

Seguro de responsabilidad civil y se complementan con el capítulo XI dedicado al examen del seguro de robo.

Los capítulos IX y X de la mencionada segunda parte se dedican al análisis de las fianzas de fiel cumplimiento y la de daños a terceros.

La obra si bien la reseñan sus autores como “ampliación y actualización” de la que en su momento hiciera el doctor Acedo Mendoza sobre la Empresa, verdaderamente ha sido reestructurada y ampliada por su coautor, el doctor Acedo Sucre, hijo de aquél, y quien no sólo actualiza la temática en forma novedosa y ágil, sino la ha llenado de útiles comentarios, observaciones y referencias.

Sin temor a equivocarnos podemos calificarla de novedosa, actualizada y completa sobre los temas a que ella se contrae, examinándose de manera exhaustiva tópicos en forma que no lo habían hecho otras obras publicadas en Venezuela y reseñando temas de palpitante interés en el mundo del Derecho de Seguro, como lo son el Seguro de Responsabilidad Civil, la condición jurídica de las relaciones aseguradora –intermediarios, aseguradora– ajustadores de pérdidas, intervención de los Bancos en la colocación, el arbitraje administrativo contemplado en la Ley especial y el tan debatido tema de las fianzas.

Acedo Sucre vierte atinados comentarios sobre puntos en los cuales no existe acuerdo en la doctrina nacional y toma posición novedosa sobre aspectos que todavía no resultan claros en la Ley ni la normativa reglamentaria. La obra definitivamente viene a llenar un vacío en la literatura científica sobre el Derecho de Seguro, que obliga a cuantos se vinculan a la actividad a considerarla como indispensable instrumento de consulta y que facilitará cualquier futura propuesta de reforma de la Ley especial.

Revista Jurídica, Universidad Católica Boliviana, Unidad de Cochabamba, Carrera de Derecho, N-1, 1997., Publicaciones de la Universidad Católica Boliviana, sin pie de imprenta, 199 p.

Con motivo de invitación que nos fuera formulada por la Universidad Privada Boliviana, para dictar dos materias en el Post Grado de Derecho,

tuvimos el grato placer de visitar entre otras la Universidad Católica Boliviana, Unidad de Cochabamba, en la cual se nos honró recibiéndonos en el claustro de profesores de la Facultad de Derecho. Allí nos fue obsequiado el ejemplar de la revista motivo de esta nota de recensión y tuvimos el placer de revivir gratos momentos con el Profesor Remo Di Natale, quien nos acompañó como docente largos años en Venezuela, y a quien mucho le debe nuestro Derecho Agrario.

Sentimos pues especial placer en hacer la Recensión de la Revista de la Carrera de Derecho de la Universidad Católica Boliviana, que ahora en su nueva era se da a conocer en su primer número, correspondiente al año 1997 y aprovechamos esta ocasión para agradecer formalmente a las autoridades de esa Universidad, en especial a la doctora Amanda Arriarán de Zapata, su Directora y quien fuera nuestra gentil anfitriona, a los distinguidos colegas y a los estudiantes que nos recibieron en esa oportunidad, su gentil invitación y en especial por el trato y afecto con el cual se nos dio acogida en esa casa de estudios.

Por casualidad en esa edición de dicha Revista se inserta una nota en la cual se reseña el festival “Venezuela amiga” organizado en la sede de esa misma Universidad por el entonces Embajador de Venezuela en Bolivia, doctor Héctor Maldonado Lira, y con el apoyo de otras varias de las Direcciones de Escuelas de la Universidad Católica Boliviana, lo cual por demás nos llena de orgullo y satisfacción, en tanto da cuenta de la labor cumplida por dicho Embajador en pro de la divulgación de nuestra cultura y ciencia y como apoyo a ese fraterno país Bolivariano.

La doctora Arriarán de Zapata tiene a su cargo la Presentación de la Revista, en la cual se fija los derroteros de la nueva era de dicha publicación y en la que resalta su misión fundamental: “Predicar la justicia social, en especial la que debe permitir a nuestro hermano país su derecho soberano al mar; propiciar una profunda reforma democratizadora en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, como presupuesto de la paz mundial; la reafirmación de que el actual nivel científico–tecnológico, debe estar encaminado a abolir la miseria en todo el mundo y ello debe ser motivo que una a todos los gobiernos del mundo; que la integración latinoamericana, con Justicia y Dignidad, es el verdadero camino para que todos los que integramos este entorno geopolítico podamos superar todas las vicisitudes del avance histórico.

Las metas son amplias y los propósitos legítimos. Seguros estamos que la Revista contará con el éxito y el logro de sus enunciados.

En la sección de Doctrina Jurídica, por igual la doctora Arriarán de Zapata nos brinda su estudio sobre “Una nueva Justicia Penal para Bolivia a la luz de los principios del debido proceso”, referido al Proyecto del Código de Procedimiento Penal, y en el cual particularmente llama la atención, sus comentarios sobre los Procedimientos especiales y en concreto la instauración del procedimiento especial para delitos relacionados con las etnias indígenas, conforme a los cuales se sistematizan una serie de normas reivindicatorias del derecho consuetudinario garantizados con la efectiva intervención de un consultor técnico especializado en cuestiones indígenas, con la realización de una audiencia de conciliación con la participación de miembros de la comunidad y con la sustanciación del juicio ante un tribunal conformado por un juez técnico y dos jurados provenientes del grupo comunitario afectado.

Para el autor de esta nota, es mucho lo que tendríamos que aprender de los ejemplos que nos brinda la legislación Boliviana y los principios doctrinarios con la cual se encaminan sus reformas, en especial en lo relacionado con el trato justo que merecen nuestros aborígenes venezolanos.

El Profesor Remo Di Natale inserta tres trabajos en dicha Revista, el primero, una nota en memoria de Huascar Cajías K., quien fuera fundador de la carrera de Derecho de esa Ilustre casa de estudios y su primer Director en La Paz, el segundo, en la Sección de Doctrina, sobre “El debido proceso de Ley” y en la de Análisis Jurídico, una nota sobre la Ley 1715 y la Reforma Agraria, en el cual examina los éxitos y despropósitos de la mentada Ley de 1996 sobre el servicio Nacional de Reforma Agraria, cuyo balance a juicio del Profesor Di Natale, deja mucho que desear en lo que debió haber sido el complemento de la Reforma Agraria Boliviana reglada por la Ley de Reforma Agraria de 1953.

Se insertan además tres estudios sobre la realidad carcelaria boliviana, uno de los cuales llama particularmente nuestra atención, en tanto sus autores son los propios reclusos del Penal de San Antonio y los dos restantes tienen como autores a José Luis Baptista sobre el tema Resocialización de las Cárceles y a Renato Pardo sobre Las Cárceles de Cochabamba y medidas alternativas a la prisión, el cual concluye con cita de Pavarini, que lo dice todo: “La cárcel real no se conoce, se sabe el

discurso sobre la cárcel y sus habitantes, así como se leen los tratados de derecho penal y no se leen los procesos informales de su aplicación”. De allí la pregunta del mismo citado autor ¿Para qué sirve la Cárcel?, que no tiene respuesta, ...tiene sólo contestaciones: tantas como sean las situaciones de los llamados a hablar.

En la Sección de “Comentario, Informe y Sugerencias” se incluyen tres breves análisis, al cual más interesante y de actualidad, uno sobre Conciliación y Psicología, de Mauricio Coca P., el cual concluye poniendo de relieve el amplio apoyo que puede prestar la Psicología a los procesos de Conciliación de toda índole, el segundo sobre “El nuevo Seguro Social a largo plazo” cuyo autor es Mario Ortiz G, y quien alerta de los riesgos que puede comportar el nuevo sistema de capitalización individual, tomado del sistema Chileno de Seguridad social, el cual, además de colidir con el principio de “solidaridad” que proclama la Constitución Boliviana, pone en peligro la jubilación o renta de vejez de los trabajadores y finalmente el de Marlene Pino de Terán, intitulado “El Estado ¿Un litigante común?” en el que se destaca la frecuente y descuidada representación de dicho ente por sus órganos *ad hoc*, el que a nuestro juicio pone de manifiesto el mismo mal común en nuestro sistema venezolano y del que resultan injustificados achaques a la conducta de los Magistrados Judiciales que conocen de dichos procesos y cuya verdadera causa, tal como resulta frecuentemente de los autos, resulta ser la conducta poco diligente de los apoderados y representantes de esos entes públicos que no otros motivos.

Bajo el título de Relaciones Internacionales se insertan igualmente un artículo de Jorge Gumucio Granier sobre las Relaciones Boliviano Peruanas, y se da a conocer un interesante documento oficial Chileno, que data de agosto de 1900 y donde se da cuenta de la posición de Chile ante las pretensiones de Bolivia sobre el litoral que afirma le fue arrebatado por esa Nación.

En la sección de Jurisprudencia Constitucional se reproduce el fallo de la Corte Suprema de Bolivia con ocasión de recurso interpuesto por la Alcaldía de Cochabamba, relacionado con su derecho a los recursos hídricos, que sienta importantes principios sobre Derecho ambiental y los intereses difusos de la colectividad.

Por último en la sección de Acontecimientos bibliográficos se brinda al lector un interesante recuento, hasta 1997, del material bibliográfico

sobre Derecho Político y Derecho Constitucional a nivel latinoamericano y boliviano.

Revista Ibero Latinoamericana de Seguros, Número Doce (12), Edit. Universidad Javeriana, Colombia, 1999, 442 p. Issn- 0123-1154.

La Revista viene dividida en sus cinco Secciones habituales; en la de Doctrina se incluyen trabajos sobre la Responsabilidad civil por productos defectuosos de Javier Tamayo Jaramillo; La Banca Seguro de Walter Villa Zapata; El beneficiario de la prestación de seguro, por Zoulika Nasri; La Intermediación de Seguros de Robert Merkin; Las cláusulas de cooperación y de control en los contratos de reaseguros, por Juan Achurra y Osvaldo Contreras; La cobertura del riesgo de desempleo involuntario, por Juan José Vives R. y finalmente se nos entrega un estudio sobre Implicaciones de la consensualidad en el contrato de seguros por Ramón E. Madriñan, José I. Mallarino, Vicente Miranda y otro.

En la sección Legislativa se reseña la Ley sobre condiciones de contratación en España y la Ley general de Seguros del Ecuador. En la Técnico Económica se da cabida a la continuación del trabajo del Profesor Eduardo Paveleck Z sobre cobertura del riesgo medioambiental.

Y se integra la sección de Jurisprudencia con recientes decisiones en materia de seguros en la República de Colombia que se complementan con un cautivador estudio de Andrés Ordoñez O. sobre la aplicación de la Teoría de la Imprevisión al contrato de seguro en general y en especial al contrato de seguro estatal.

Obviamente se termina la comentada publicación con variada información sobre la vida institucional de Aida, Cila, las convocatorias al Premio Bial Efrén Ossa y concluye la de Noticias Necrológicas dando cuenta de la lamentable partida de los profesores Gabriel Escobar Sanín, Adelmo Kohler y Enrique Ruiz Vadillo.

b. Comentarios especiales

Curso de Derecho Mercantil. Alfredo Morles Hernández. Tomo I. Introducción, la empresa, el empresario; Tomo II: Las sociedades mercantiles; Tomo III. Los títulos valores. Cuarta edición, UCAB. Caracas, 1998 (Páginas: XXXI y 2.191) por Julio Rodríguez Berrizbeitia.

Sea propicio este número de nuestra *Revista de Derecho*, para comentar la valiosa actualización realizada por el doctor Morles de su *Curso de Derecho Mercantil*. No sé si soy lo absolutamente riguroso que requiere la precisión académica al hablar de “actualización”. En efecto, el trabajo de Morles supone en algunos temas sustanciales un análisis completamente nuevo en nuestro medio. Este novedoso enfoque, combinado con una exhaustiva consideración de la mejor bibliografía mercantil existente, nos aporta una obra que no dudo en calificar como resaltante. El replanteo de algunos temas como por ejemplo el análisis del Derecho Mercantil alrededor de la figura de la empresa y del empresario como el núcleo central de nuestra disciplina y no del enfoque tradicional del acto de comercio y del comerciante, coloca el estudio de la materia en armonía con las más recientes tendencias doctrinales y con la realidad del tráfico. Con gran acierto el profesor Morles explica el Derecho Mercantil “como el derecho ordenador de la organización y de la actividad económica de los empresarios en el mercado”. Su enfoque nos ayuda a entender los profundos cambios que se están produciendo en nuestra ciencia y la necesidad de abordar temas reservados en el pasado a otras disciplinas jurídicas. Con gran entusiasmo disfrutamos de sus magníficos capítulos, acerca del “estado actual del Derecho Mercantil” en Venezuela y de la “competencia”. En este último, introduce la discusión de temas casi siempre reservados al derecho civil, como los contratos por adhesión o la responsabilidad por el producto, colmando así un vacío doctrinal.

De gran mérito es la referencia obligada en la obra de Morles a los anteproyectos de Ley General de Títulos Valores (1984) y de Sociedades Mercantiles (entregado al Ministerio de Justicia en 1988). Igualmente es

valiosísima la cita constante del derecho comunitario europeo, la cual refleja un importante esfuerzo por contribuir jurídicamente a la integración económica. En sus tomos dedicados a Títulos Valores y Sociedades Mercantiles, está presente la necesidad de preservar para el futuro el esfuerzo de nuestros anteproyectos.

En materia de Sociedades las citas de Morles a las Directivas de la Comunidad Europea son referencia necesaria para cualquier estudioso de la materia, ya que el derecho comunitario europeo se ha transformado en una fuente renovadora del Derecho Mercantil. En este mismo tema societario sus capítulos sobre el Accionista Minoritario y los Grupos de Sociedades, aporta un estudio requerido en nuestra doctrina. No solamente el trabajo del profesor Morles es importante desde el punto de vista sustancial, quizás uno de los aspectos más resaltantes de su obra es que nunca pierde de vista al destinatario fundamental: el estudiante de derecho, hacia el cual va dirigida una cuidadosa y clara conceptualización de nuestra disciplina que concluye cada capítulo del Tomo I con un “resumen” y objetivos que permiten revisar en pocas líneas lo que el capítulo nos quiere decir. En este sentido se nos manifiesta la dilatada trayectoria docente del autor, del cual bien podríamos decir que ha aprendido enseñando.

En materia de títulos valores, la actualización se pone de relieve en las citas y en la crítica de la más reciente doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, en la revisión de las tendencias doctrinales clásicas y de las nuevas orientaciones, así como en el planteamiento de los problemas de los nuevos títulos y del manejo electrónico de la creación y de la circulación de los documentos informáticos.

El *Curso de Derecho Mercantil* del profesor Morles es un texto para el estudio de la disciplina en el siglo XXI. Su orientación comparatista informa sobre el estado actual de la materia en los países que han sido la fuente tradicional de inspiración de nuestro derecho, como España, Francia, Italia y Alemania; así como también da noticia de la situación en Argentina, México, Brasil, Colombia y Chile.

El *Curso de Derecho Mercantil* del profesor Morles no sólo es apreciado en nuestro país, sino que es conocido fuera de nuestras fronteras. En la 16ª edición del *Traité de Droit Commercial* de Ripert y Roblot, Tomo I, LGDJ, París, 1996, p. 51, hay referencia a la 2ª edición de 1987; en la reciente segunda edición del *Manual de Derecho Comercial*

de José Alberto Garrone y Mario E. Castro Sammartino, editado por Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1996, las citas del texto de Morles comienzan en la primera página; en las *Instituciones de Derecho Mercantil* de Jorge Barrera Graf, de Editorial Porrúa, México 1989, se alude a las opiniones de Morles en varias ocasiones; en Colombia, Ramón Madriñán de la Torre, en la séptima edición de sus *Principios de Derecho Mercantil*, lo recoge en su bibliografía.

La cuarta edición a la cual se refieren estos comentarios ha merecido la siguiente opinión del ilustrado mercantilista argentino Mario Alberto Bonfanti:

Le escribo no con sorpresa –porque sus cualidades de jurista cabal son archiconocidas–, sino con satisfacción, al comprobar luego de un repaso general de los temas tratados, la creciente profundidad de su labor jurídica, más allá de lo cuantitativo (teniendo en cuenta el cúmulo de referencias bibliográficas), sino por la calidad de su exposición implicando ese indispensable (y no siempre logrado) equilibrio conceptual en lo económico-financiero-jurídico.

Considero altamente valiosa su contribución al Derecho Mercantil, que lo ubica a usted, incuestionablemente, entre los grandes comercialistas de América Latina, en la doble visión teórica y práctica de esa rama jurídica que pareciera inagotable, nutrida, además, por el desprendimiento de las ramas de derecho aduanero, bancario, bursátil, concursal, económico, financiero, societario y de seguros; con el aditamento –ahora– de la problemática de los nuevos “productos” financieros; independientemente del impacto de la tecnología en la vorágine de las operaciones cotidianas.

Hace algunos años tuve la oportunidad de comentar en esta misma revista el discurso de incorporación del doctor Morles a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Hoy, con el mismo entusiasmo, damos la bienvenida a un texto que enriquece nuestra bibliografía latinoamericana y que constituye un instrumento fundamental para los que enseñamos Derecho Mercantil en nuestros países.

Julio Rodríguez Berrizbeitia
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Católica Andrés Bello

Nota: La Revista reproduce el comentario que precede del Prof. Julio Rodríguez Berrizbeitia, aparecido en el Nº 53, para corregir los errores de transcripción de la publicación original.

Nuevo Derecho Procesal Penal Venezolana. Las instituciones básicas del Código Orgánico Procesal Penal. Magaly Vásquez González. Primera edición, 1999. UCAB, Caracas. 245 pág. ISBN 980-244-213-5, por Dr. Fernando Pérez-Llantada, S.J.

Magaly Vásquez González, profesora de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y partícipe activa en la elaboración del Código Orgánico Procesal Penal que entró en vigencia el 1° de julio de 1999, nos ofrece en este oportuno libro una obra didáctica para conocer académicamente este nuevo Código.

La justicia penal venezolana se enfrenta ante un reto por el cambio profundo en su administración. Se pasa de un sistema inquisitivo a uno acusatorio con la participación de más actores responsables en la trayectoria del juicio penal. Al pasar de un juicio escrito a uno oral se hace imprescindible aprender oratoria forense y lógica jurídica. Lo nuevo hay que conocerlo, estudiarlo, profundizarlo a través de todos los medios serios que estén a nuestro alcance: libros, conferencias, jornadas, talleres, intercambio de opiniones, etc. Nuestros abogados, jueces, fiscales, etc., tienen la gran responsabilidad de familiarizarse con el nuevo Código, de allí que esta obra puede constituir un gran aporte.

La participación de varios sujetos en los juicios, la conformación de tribunales mixtos o de jurados, ojalá no lleve a un detrimento en la administración de justicia cuando entren intereses ideológicos, religiosos, sociales y de otro orden, que desnivelen la balanza y enturbien las decisiones, sobre un ser humano con derecho a la libertad. No podemos permitir el regreso, como en muchos casos, a la injusticia de la justicia penal, pero en esta oportunidad una injusticia coparticipada.

Este cambio en el derecho Penal adjetivo tiene que llevar necesariamente a un nuevo Derecho Penal adjetivo, cuyo Código es una pieza arqueológica que duerme el sueño del olvido. La lentitud en los cambios del ordenamiento jurídico penal hace que tengamos una legislación penal con acentuados altibajos.

La profesora Magaly Vásquez González da prestigio a la Facultad de Derecho, no sólo como la Directora de su Escuela, sino por su aporte a la ciencia jurídica con esta obra, fruto del saber y de la investigación,

escrita con maestría por la agilidad de estilo, la claridad de exposición y el rigor científico. Felicito a la joven autora por su brillante carrera en el área del Derecho Penal.

Fernando Pérez-Llantada, S.J.

SECCIÓN DE ESPECIALES

Sección informativa

A. NUESTRA FACULTAD DE DERECHO

I. Noticias de la Facultad

Por no habérsenos remitido el material informativo necesario en el pasado número no pudimos hacer reseña de los eventos de nuestra Facultad, de la Dirección de Post grados en Derecho y de nuestro Centro de Investigaciones Jurídicas, haciéndolo ahora por lo que atiene al período enero a Octubre de 1998.

1. Apoyo docente, Actividades propias de la Facultad y Visitantes;

Dentro de las actividades ordinarias de la Facultad se cuenta la de designación de los Jefes de Cátedra y Departamento, cumplida en Enero.

En la de apoyo docente y al estudiantado de la Facultad, informamos que desde Febrero del pasado año, con la asesoría del Padre Tarsicio Jáñez, Profesor de Metodología, se cuenta con su asistencia permanente para apoyar trabajos de ascenso e investigación de Profesores y estudiantes.

Durante el reseñado período, nos visitaron en la Facultad los Profesores Santiago Mir Puig y la Profesora Francesca Puigpelat Martí; ambos de la Universidad de Barcelona de España y quienes tuvieron a su cargo charlas sobre Problemas actuales del Derecho Penal y Feminismo en el Mundo Moderno.

2. Congresos, Charlas, Jornadas, Talleres y Eventos

En el mes de Marzo de 1998 fue celebrado el II Congreso Internacional Codalic – Venezuela, sobre “Tratamiento de la Inversión Extranjera”.

Durante el reseñado período fueron realizadas diversas Charlas promovidas por los Profesores a cargo de diversas Cátedras, entre otras sobre Procuradores de Menores, coordinadas por las Profesoras Marisol Moreno y Janet Revete; sobre diversos temas jurídicos con énfasis en Deontología y Derecho Administrativo, con la participación de los Profesores Carlos Escarrá, Javier Elechiguerra y Carlos Mouriño; la de Derecho Civil I organizó en abril otra sobre Menores y Adolescentes ¿Víctimas o Victimarios? con la participación de la Dra. María M. de Guerrero, co-redactora de la hoy vigente Ley del Menor y el Adolescente. También fue organizada otra sobre Interpretación en el Derecho a cargo del Profesor Levis I. Zerpa, cuyo promotor lo fue el Departamento de Disciplinas básicas, así mismo se llevó a cabo otra sobre Valor de la Jurisprudencia como fuente de Derecho la cual estuvo a cargo del Dr. Adán Febres y promovida por la Cátedra de Introducción al Derecho. La de Internacional Público, dirigida por el Prof. Adolfo Salgueiro celebró versiones sobre Juicio simulado entre Venezuela y Guyana y entre Venezuela y Colombia.

Sobre Derechos Humanos se realizaron varios eventos, entre otros la Conmemoración del 50 Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y una clase participativa dentro del Seminario de Derechos Humanos con la intervención de los Profesores Liliana Ortega y Héctor Faúndez.

Fueron celebradas así mismo Conferencias sobre Propiedad Horizontal a cargo de los Profesores Domingo Sosa y Uxua Ojer y sobre el Nuevo Reglamento de Inscripción en el Registro Civil en la cual sirvió de expositora la Dra. Kaufmann.

Entre las Jornadas celebradas durante el mismo interregno, se cuentan las Primeras de Derecho Procesal Penal, a cargo de varios especialistas sobre la materia y recogidas en un interesante volumen publicado por la Facultad; las de Derecho Civil, con la participación de los Profesores Enrique Lagrange, James Otis Rodner, Hermes Harting, Oscar Ochoa, José V. Melo, Domingo Sosa, Víctor Vera, Antonio Ramírez U y Jorge Kiriakidis, quienes abordaron diversos temas de actualidad.

Se llevaron a cabo así mismo Talleres sobre “Vigencia anticipada del Código Orgánico Procesal Penal y por supuesto, ante el acontecer político nacional se celebraron Foros y charlas, entre otros sobre los siguientes tópicos: “Foro sobre el voto consciente”, “Partidos Políticos y

representatividad” a cargo del Dr. Eduardo Fernández, “Crisis del Sistema Político y Asamblea Constituyente” con la participación de los Drs. Gustavo Planchart M., Ramón Escovar S., Luis A. Machado y Ricardo Combellas; una conferencia del Profesor Luis A. Machado sobre ¿Es Chávez elegible para Presidente ¿y un Cine-Foro sobre la película “Amaneció de Golpe”.

Finalmente, dentro de las labores de actividad extra muros, nuestra Facultad organizó un ciclo de charlas en la Comunidad de la Vega sobre “Orientación Jurídica y Participación Ciudadana”.

Como puede apreciarse, nuestra Facultad, como siempre, estuvo particularmente activa, procuró difundir ideas sobre temas de actualidad y vigencia y contó con el apoyo de prestigiosos Profesores, especialistas y analistas. Con agrado reseñamos también la colaboración de nuestros estudiantes y sus interesantes iniciativas.

Nuestras sinceras felicitaciones al señor Decano y a la Directora de la Escuela, así como a los Profesores y participantes en dichos eventos y nuestro parabienes a los estudiantes de la Facultad, porque participando y promoviendo tales eventos demuestran ser verdaderos Ucabistas, preocupados por lo social y lo jurídico y ávidos de mantenerse al día en el acontecer nacional.

3. Homenajes y distinciones

En este interregno temporal fueron electos Magistrados Principales y Suplentes en diversas Salas de nuestra Corte Suprema de Justicia miembros de nuestra plantilla de Profesores, entre ellos los Drs. José Erasmo Pérez España, Antonio Ramírez Jiménez, Hermes Harting y Carmen Figueroa de Gutiérrez, a quienes deseamos toda clase de éxitos en sus funciones.

A nuestro Profesor y egresado Ucabista, Dr. Carlos Ayala Corao, se le seleccionó y designó por unanimidad como Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Al apreciado Profesor José Rafael Hernández, se le hizo un merecido acto de despedida con motivo de haber solicitado su jubilación y la Universidad le otorgó el título de Profesor Emérito, por más de veintiocho años de docencia en la Facultad.

Al Dr. Fernando Pérez-Llantada S.J., Director de nuestros Post Grados de Derecho, quien fuera así mismo Director y Decano de la Facultad y

miembro de nuestro Consejo Editorial y de Redacción le honraron su merecida labor distinguiendo con su nombre el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Delegación del Colegio de Abogados de Puerto Ordaz, Estado Bolívar, y así mismo tomarlo como epónimo para identificar las Jornadas de la Asociación de Procuradores de Estado de Venezuela.

Durante el período reseñado fueron entregados premios a alumnos de nuestra Facultad por su participación en la Cuadragésima Cuarta versión del Modelo de las Naciones Unidas en Harvard (Comité de Asuntos legales) mención Mejor Delegado para las Brs. Romina Siblesz y Mónica Scherer, y le fue impuesta la Orden José Félix Ribas 1998 a las bachilleres Daniela Gilarranz (mención Docencia) y a Gabriela Boersners y Sheraldine Pinto (mención Rendimiento).

Los bachilleres Daniel Fariñas, Ana María Márquez P y Andrés E. Matos fueron premiados por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, con motivo del Concurso anual de Investigación para Estudiantes (mención 1996/97).

Igualmente los bachilleres Adriana Algarra, Mariana Boza, Javier Carvallo, Francisco Ramos y Gigliana Rivero, fueron merecedores del premio Reconocimiento al Estudiante Ucabista.

II. Dirección de Post grados en Derecho

Nuestra Dirección de PostGrado en Derecho nos reporta 217 egresados durante el año 1998, entre las especialidades de Derecho del Trabajo, Administrativo, Derecho Procesal, Ciencias Penales y Derecho Mercantil, de los cuales 200 se corresponden con colegas de El Tigre, Maracaibo, Monagas, Ciudad Bolívar, Maracay, Cumaná y Valencia y 10 de Caracas.

Vale la pena destacar igualmente que en la actualidad se continúan dictando los Post grados en el interior de la República entre otros: los de Derecho Procesal (Maturín, Barinas, Cumaná y Ciudad Bolívar) de Derecho Mercantil (Maracay y Maracaibo), Derecho del Trabajo (Puerto Ordaz), Ciencias Penales y Criminológicas (Mérida), Derecho Financiero (Barquisimeto y Puerto Ordaz) y Derecho Administrativo (Maracay) y así mismo se mantienen en curso el de todas dichas especialidades en Caracas.

III. Centro de Investigaciones Jurídicas

De enero de 1998 a Julio del presente año, el Centro dedicó especialmente su atención y actividad a la conclusión del Proyecto de Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, consignado en el Congreso Nacional el pasado mes de julio de 1997, discutido y aprobado en dicho entre Febrero y Julio del mismo año y convertido ya en Ley de la República publicada el 2 de octubre de 1998 en la Gaceta Oficial Extraordinaria N- 5266.

Como complemento de dicha delicada labor, en julio del mismo año se concluyó el trabajo de Sistematización del Proceso Legislativo de la mencionada Ley, que constituye un minucioso trabajo de seguimiento y registro documental del proceso de adecuación de la Ley a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Por igual en la labor investigativa se han continuado y culminado los trabajos sobre: Adecuación de los Reglamentos Internos de los Centros Educativos de Fe y Alegría de la Región Capital a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; se concluyó recientemente la investigación sobre “Jóvenes y Armas de fuego en Venezuela. Una evaluación en el área de Caracas”, fue consignado ante el CONICIT el Informe final sobre el estudio realizado en materia de Servicios de Seguridad Privada, también se realizó la investigación contratada por Conapri y Procompetencia, relacionada con “Contradicciones en la normativa venezolana de Rango legal que rige el Comercio” la cual consistió en la identificación y análisis de la normativa legal que presenta dicho fenómeno y relacionada con el Comercio.

Finalmente, se organizó y puso en funcionamiento una Red electrónica de discusión sobre los temas relacionados con el Proceso Constituyente y sobre el contenido eventual de la nueva constitución, la cual se denomina “Red de veedores del Proceso Constituyente, que cuenta inclusive con una página Web y más de 300 veedores inscritos.

Nuestras especiales felicitaciones al Centro de Investigaciones por sus logros en las investigaciones y trabajos concluidos, parte de los cuales hemos venido divulgando en nuestras páginas, y nos llena de orgullo constatar que el mismo cuenta con el respeto, aprobación y reconocimiento en nuestra comunidad, en el medio y acontecer jurídico nacional y en nuestra Universidad.

IV. Otros eventos

Curso de actualización en Derecho Agrario

Durante el primer trimestre de 1999, damos noticia del éxito con el cual se cumplió el curso intensivo de Derecho Agrario copatrocinado por nuestra Dirección de Post grado con el Colegio de Abogados del Estado Portuguesa (Instituto de Estudios Cipriano Heredia A.), en la ciudad de Acarigua, y en el que intervinieron como Conferencistas los profesores Norah V. de Escobar, José R. Duque C., Sabino Garbán, Humberto Arenas Machado y Alberto Baumeister Toledo.

El curso contó con nutrida asistencia de colegas de los Estados Portuguesa, Lara y Barinas, entre los cuales figuraban Jueces, Procuradores y Delegados Agrarios y colegas en el libre ejercicio, fue definitivamente pro-activo, habiéndose enriquecido por la constante intervención de los participantes sobre temas de actualidad en la práctica profesional.

El interés mostrado por el curso ha propiciado no sólo la idea de crear nuevamente el Post-Grado de Derecho Agrario, el cual posiblemente sea dictado en la zona, para toda la región Centro Occidental y con frecuencia quinquenal, sino también la idea de celebrar las Jornadas Nacionales de Actualización en Derecho Agrario para el año 2000. Ya informaremos con mas detalles al respecto.

B. CONGRESOS, JORNADAS Y CONFERENCIAS

Jornadas y Conferencias realizadas hasta la fecha:

Damos cuenta de la celebración, entre otros de las Conferencias, Talleres y Jornadas que reseñamos seguidamente:

IX Jornadas Dr. José Santiago Nuñez Aristimuño

Como todos los años anteriores, una vez mas en la segunda quincena de abril con el co-patrocinio de la Ucab, del Colegio de Abogados de Monagas y de su Instituto de Estudios Jurídicos "Dr. Rafael Naranjo Ostty" fueron celebradas en Maturín ya estas tradicionales Jornadas dirigidas esta vez a examinar varios temas novedosos, y cuyas conferencias estuvieron a cargo de la Dra. Senta Essinfeld sobre el Progreso de la

mujer venezolana a partir de la primera mitad de este siglo; la del Maestro José Rodríguez U., sobre Tendencias actuales del proceso, el Dr. Rafael Ortiz le correspondió examinar el tema de Medidas Cautelares innominadas, con especial consideración a la evolución jurisprudencial sobre las mismas; el Profesor Jesus E. Cabrera R. disertó sobre Medios de Impugnación de documentos, la tacha de documentos públicos y privados; y al Dr. Pedro Mantellini le correspondió tratar el tema de El Arbitraje Comercial.

Sobre los Principios del nuevo Código Orgánico Procesal Penal y Garantías del procesado durante el juicio, le toco exponer al Dr. Orlando Monagas; el Profesor Pedro Berrizbeitia disertó sobre Organización y funcionamiento del Tribunal Penal en relación a los diferentes delitos y la Dra. Margarita Escudero lo hizo sobre La Responsabilidad patrimonial del Estado en el ejercicio de su actividad judicial, legislativa y administrativa.

Nos ha sido ofrecido el envío de dichas conferencias con el objeto de insertarlas en próximos números de la Revista.

Felicitamos al Instituto de Estudios por la celebración de sus ya casi diez Jornadas anuales, esfuerzo que sabemos lo que implica en trabajo y organización y deseamos que el homenajead, nuestro apreciado Dr. José Santiago Núñez ya se encuentre repuesto de sus quebrantos de salud y quien a causa de ellos no pudo acompañar a sus Profesores invitados y a su ya habitual público asistente.

Taller sobre la Ley Orgánica para la protección del Niño y del Adolescente

Los mismos copatrocinantes del evento anterior, llevaron a cabo un interesante Taller para la divulgación del nuevo instrumento jurídico que ha sustituido la Ley Tutelar del menor y variadas instituciones sustantivas y adjetivas en materia de familia, menores y adolescentes.

Las conferencias se realizaron en tres tandas, las primeras a finales de mayo y las segundas y terceras la primera y segunda semana de junio, y los temas tratados entre otros lo fueron sobre Introducción a la Doctrina de la Protección Integral, a cargo de Yuri Buniz Valera, experto de la UNICEF en Venezuela, Introducción al Proyecto de la Ley, a cargo de Cristóbal Cornieles, El sistema de protección Integral, examinado por la

Dra. María Gracia Morais de Guerrero; El sistema penal de responsabilidad del adolescente, a cargo del Dr. José Luis Irazu y concluyó el ciclo la Dra. Haydée Barrios con el tema de Las Instituciones familiares.

Jornadas de actualización en la Asociación Venezolana de Derecho de Seguro (AVEDESE)

Con el tema central de “ Protección al Consumidor en los Seguros (Protección del Asegurado)” y en honor a la memoria del Profesor Konrad Firgau Yáñez, se llevaron a cabo estas nuevas Jornadas de actualización patrocinadas por AVEDESE y por la Cámara Venezolana de Aseguradores, el pasado 20 de mayo del corriente año.

En las mismas intervinieron como expositores el Dr. Carlos Acedo Sucre con el tema “Cláusulas Generales y cláusulas de adhesión en el Contrato de Seguro; Alberto Baumeister T., quien disertó sobre El Ombudsman en el Seguro y la Dra. María Alejandra Correa quien tuvo a su cargo el examen del Procedimiento Administrativo y Civil en la regulación de Protección al Consumidor.

XIV Seminario Internacional de la Asociación Panamericana de Fianzas

Con nutrida asistencia hubo de realizarse en Recife, Brasil, del dos al cinco de mayo este ya tradicional evento patrocinado por la Asociación Mundial de compañías afianzadoras, aseguradoras de crédito y Reaseguradoras, cuyos temas centrales fueron: “El bug de Milenio y Fianzas para Concesiones en Brasil” y como de costumbre se llevaron a cabo los Comités de Fianzas, Crédito, Jurídico y de Comunidades Económicas, aspiramos poder hacerles un recuento con base a la información que nos suministren los colegas venezolanos asistentes.

V Jornadas sobre Federalismo, Descentralización y Municipios

Bajo el patrocinio del Centro Iberoamericano de Estudios Provinciales y Locales debieron celebrarse en la ciudad de Mérida del 9

al 11 de junio las aludidas Quintas Jornadas, copatrocinadas por la Facultad de Ciencias Políticas y Jurídicas de la Ilustre Universidad de los Andes.

Jornadas de Actualización en Derecho Mercantil patrocinadas por el Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara

Del 24 al 26 de junio en el Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara se celebraron las Jornadas de actualización sobre Derecho Mercantil con ocasión de celebrar los diez años de la primera promoción de egresados en la Especialidad de Derecho Mercantil y el Segundo año de culminada la especialidad por la segunda de dichas promociones, realizadas bajo el auspicio de nuestra Universidad, del Colegio de Abogados del Estado Lara y de su siempre activo Instituto de Investigaciones jurídicas.

Las conferencias estuvieron a cargo de los profesores Luis García Montoya, sobre el Nuevo régimen del Mercado de Capitales y quien fuera uno de los Padrinos de ambas promociones; Federico Araujo, quien examinó la Incidencia de la reforma tributaria de 1999 en las Sociedades Mercantiles; y Alberto Baumeister T. quien disertó sobre El procedimiento arbitral en la nueva Ley de Arbitraje Comercial.

Las palabras de apertura estuvieron a cargo del otro padrino de una de dichas promociones, el Dr. Ricardo Hernández Álvarez, Coordinador del evento, mientras que las de clausura fueron pronunciadas por el Dr. Néstor Álvarez Yépez, Director del Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara quien fuera uno de los egresados de aquellas.

Esperamos que estas Jornadas de actualización continúen cumpliéndose habitualmente, para lograr así, lo que destacaron las palabras del Profesor Hernández Álvarez, esto es, “La necesidad imprescindible de que los graduados complementen su formación con la permanente actualización que exige la constante renovación del Derecho en la actualidad”.

Jornadas y Conferencias programadas para el tercer y cuarto trimestre de 1999

Por igual se nos ha informado de la preparación de los siguientes eventos:

Jornadas Dr. Aristides Rengel Romberg (Puerto Ordaz, Estado Bolívar)

Para los días 29 al 31 de julio la Delegación del Colegio de Abogados de Puerto Ordaz y el Instituto de Investigaciones Jurídicas Fernando Pérez-Llantada, informa nuevamente la celebración de sus ya terceras jornadas las cuales este año resolvieron realizarse en honor del Director de nuestra Revista, Profesor Alberto Baumeister Toledo.

En las mismas han confirmado participación entre otros los Profesores Pedro A. Zoppi, José Muci A., José Melich Orsini, Jesus E. Cabrera Romero, José A. Fuenmayor G., Allan Brewer Carías, Mariolga Quintero Tirado y el mismo homenajead, quienes disertarán sobre diversos tópicos de actualidad referidos a Los Juicios Ejecutivos y consideraciones sobre el Juicio Oral civil en el Código de Procedimiento vigente; Instituciones de la nueva Ley de Derecho Internacional Privado, La Interpretación de los contratos; Temas de derecho probatorio; Consideraciones sobre el actual proceso Constituyente; Los terceros en juicio y Nuevos procedimientos en la Ley Orgánica del Menor y el Adolescente, respectivamente.

La Revista procurará reproducir las diferentes conferencias anunciadas y desea vivamente que las mismas tengan el éxito que ya tienen acreditadas las anteriormente realizadas.

Congreso Mundial de Derecho Procesal

Tal como lo anunciáramos con la debida anticipación, del 23 al 28 de agosto del presente año será celebrado en Austria el XI Congreso Mundial de Derecho Procesal en Viena, bajo el copatrocinio de la Universidad de Viena.

Los interesados en información pueden obtenerla vía Secretaría del Congreso Fax 43-1-330- 2426260.

III Jornadas Tributarias de Mercosur

Bajo el patrocinio de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, se anuncia la realización de dichas Jornadas en Buenos Aires del 26 al 28 de agosto venideros con dos temas centrales y un Seminario, destinados al examen de Armonización de la imposición sobre los consumos en los países del Mercosur, cuya relatoría corresponderá al Dr. Gustavo Zunino de Argentina; La Imposición sobre los patrimonios Globales en los países del Mercosur, con relatoría a cargo del Dr. Agostinho Toffoli Tevolaro de Brasil. El anunciado Seminario estará dirigido a examinar el tema de la Tutela Jurisdiccional efectiva en materia Tributaria y su conducción estará bajo la dirección del Dr. José Casas de Argentina con un panel integrado por los Profesores Agustín Torres, Heleno Taveira Torres, Sindulfo Blanco y José Luis Shaw, de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, respectivamente.

Para mayor información pueden dirigirse a la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Fax 58-2-7632933 o por el teléfono 58-2- 7625330

Ciclo de Conferencias patrocinadas por el Instituto de Estudios Jurídicos Dr. Brígido Natera del Colegio de Abogados del Estado Bolívar, Ciudad Bolívar

Con la noticia de que nuevamente ha sido designado el Dr. Alcides Sánchez Negrón Presidente del Colegio de Abogados del Estado Bolívar por igual se nos informa de la reactivación de las Conferencias tradicionales que venía propiciando el Instituto de Estudios Jurídicos Brígido Natera de dicho ente y las cuales se realizarán del 29 de septiembre al 1 de Octubre del presente año.

Nos congratulamos con la recuperación de dicho evento al cual ya estaba acostumbrado el mundo de los Procesalistas de esas latitudes. Deseamos lo mejor para la nueva Directiva del Colegio. Esperamos poder hacer reseña detallada del evento y de los temas que en él sean examinados.

Curso de actualización en Seguros

La Dirección de Post Grado en Derecho de la Ucab con el apoyo del Instituto Universitario de Seguros, adelanta planes para iniciar un curso de actualización en Seguros, el cual estará destinado a profesionales vinculados con el sector Seguros, el mismo se dictará en la sede del Instituto citado, y tendrá como objeto profundizar y examinar las novedades sobre los temas centrales del Seguro: Seguros Patrimoniales, Vida, Reaseguro y Responsabilidad Civil y contará con conocidos especialistas en la materia.

Oportunamente daremos noticia sobre el desarrollo del mismo, y los interesados pueden recabar información en el Instituto Universitario de Seguros, Teléfono 2572769 , Caracas.

I Congreso Nacional de Derecho Procesal patrocinado por el Instituto Venezolano de Derecho de Procesal (INVEDEPRO)

Para el mes de noviembre o en la primera quincena de diciembre se anuncia ya este evento que ofrece realizar anualmente INVEDEPRO, y cuyo tema central en esta ocasión será: El Poder Cautelar y tendrá como sede la Universidad Católica Andrés Bello, en Caracas.

INVEDEPRO, que ya hoy agrupa un nutrido número de especialistas en Derecho Procesal de Caracas y el Interior, continúa así su ya consabida actividad en la realización de Conferencias, charlas y eventos sobre Derecho Procesal, que viene cumpliéndose con periodicidad mensual desde su inicio de actividades sobre diversas áreas del Derecho Procesal.

Los interesados en mayor información pueden recabarla por los teléfonos 7622651, en las oficinas de la Presidenta del Instituto, Dra. Mariolga Quintero, o por el apartado 51322, Caracas.

En dicho Congreso, por igual, se informará a los asistentes sobre la realización del Congreso Latinoamericano de Derecho Procesal que se celebrará en Costa Rica en el año 2000 y el del venidero año 2002 que aspiramos sea realizado en nuestro país.

Jornadas Venezolanas - Internacionales de Derecho Procesal Prof. José Rodríguez Urraca

El Instituto de Investigaciones Jurídicas del Colegio de Abogados del Estado Anzoátegui celebrará nuevamente en la acogedora ciudad de Puerto La Cruz sus Jornadas Internacionales de Derecho Procesal que llevan el nombre de nuestro apreciado Profesor José Rodríguez Urraca del 21 al 23 de Octubre del presente año.

No podemos ofrecer el temario ni los nombres de los Conferencistas Internacionales y Nacionales, en tanto no ha llegado a nuestras manos el programa correspondiente, pero pueden Uds. obtener mayor información en el Colegio de Anzoátegui o en el Instituto de Investigaciones del mismo.

Conferencia Internacional sobre Federalismo

Del 5 al 8 de Octubre de 1999 serán realizadas en Montreal, Canada, las Conferencias Internacionales sobre Federalismo.

Mayor información por el Fax (Ottawa – Canada) 613-244-3372.

Conferencias Internacionales Dr. Allan Brewer Carías de Derecho Administrativo

Como ya resulta costumbre y bajo el patrocinio de FUNEDA, recordamos la celebración de dichas conferencias en Caracas para el venidero mes de Noviembre.

Mayor información Fax 58-2-7617472 – Att. Arelys Torres.

Congreso Ibero Latinoamericano de Derecho de Seguro

En tanto Venezuela hubo de declinar la sede del Congreso Ibero Latinoamericano de Derecho de Seguros, previsto celebrarse en el curso del presente año, dado el clima de sucesivos eventos electorales, que a juicio de Avedese no se compadecían con el necesario escenario para garantizar el éxito de dicho evento, el Comité ejecutivo del Cila ya resolvió reasignar la Sede, recayendo la misma en Colombia y habiéndose

escogido para ello la hermosa ciudad de Cartagena de Indias, para el venidero mes de Mayo del año 2000.

Nos congratulamos con la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE) por haber sido electa Asociación patrocinante y procuraremos que Venezuela asuma un buen papel en el entorno de dicho evento.

C. OTROS EVENTOS Y ACONTECIMIENTOS

Designación de nueva Junta Directiva en la Academia de Ciencias Políticas y Sociales y elección de Miembro de número

Nos complace reseñar en éste número que el pasado 17 de marzo se efectuó la designación de la nueva Junta Directiva de la mencionada Academia la cual quedó integrada así: Presidente Dr. José Luis Aguilar Gorrondona, 1er. Vicepresidente, Dr. José Melich Orsini, 2do. Vice – Presidente, Dr. Gustavo Planchart Manrique, Secretario, Dr. Gonzalo Pérez Luciani, Tesorero, Dr. Pedro Nikken y Bibliotecario Dr. Pascual Venegas Filardo, nuestras congratulaciones a los nuevos integrantes de la Junta a quienes deseamos toda clase de éxito en sus funciones.

Por la calidad humana de sus integrantes y sus trayectorias docentes estamos seguros harán una magnífica labor en la Academia. A nuestros apreciados colegas, Profesores y amigos que la integran corresponderá conducir los derroteros de la Academia durante el presente y venidero año.

Igualmente nos place anunciar la elección del Profesor Dr. Henrique La Grange como Miembro de Número de esa institución, lo cual constituye un justo reconocimiento a sus méritos científicos y a su consagrada tarea como Profesor en la Universidad Central de Venezuela.

El ahora electo miembro de número, es un ilustrado colega, eximio investigador del Derecho Civil, autor de varios interesantes trabajos científicos, reputado conferencista, exitoso abogado en ejercicio, y ha desempeñado importantes cargos públicos relacionados con la abogacía.

Nuestras caras felicitaciones al Profesor, a su familia y al Escritorio del cual forma parte y donde ha permanecido desde hace ya varios años

.Estamos seguros que su selección permitirá militar en esa honorable institución a otro reconocido y meritorio abogado que mucho puede aportar a la misma.

Reconocimientos en el Colegio de Abogados del Distrito Federal

Con motivo de la celebración del día del Abogado en el presente año, el mencionado Colegio de Abogados, con iniciativa de su Presidente, Dr. Rafael Veloz, y el copatrocinio de la Federación de Colegios de Abogados, realizó un homenaje a varios Colegas a quienes las respectivas Juntas Directivas del mencionado Colegio, de la Federación y de los Consejos de Mérito de las respectivas órdenes consideraron debían reconocerse sus méritos en las diferentes áreas de su actividad, bien por años de ejercicio independiente, o bien por su desempeño en gestiones gremiales, educativas o judiciales.

Consideramos que es esta una justa y loable tarea que deben asumir los Colegios de Abogados, pues aún cuando mucho se diga del gremio, existen también sus honrosas y serias excepciones que merecen todo respeto en la comunidad.

En dicho evento fueron condecorados entre otros por la Federación de Colegios de Abogados y con la orden Dr. Arminio Borjas en su Primera Clase, el Dr. Gonzalo Vivas, apreciado y pertinaz colega que con sus ochenta y tantos años continúa en el activo ejercicio de la profesión, y el Director de nuestra Revista Profesor Alberto Baumeister Toledo.

Todos deploramos la justificada ausencia del Dr. Rafael Veloz en el mencionado acto, quien se encontraba aquejado de un problema de salud y por este medio, en lo que atañe al reconocimiento rendido al Director de nuestra Revista, les hacemos llegar a él y a sus compañeros de Junta, así como a la Federación aludida, nuestro sentido agradecimiento.

Primera Asamblea anual del Instituto Venezolano de Estudios de Derecho Procesal

Con placer reseñamos la celebración de la primera Asamblea Anual de INVEDEPRO, realizada el pasado mes de abril, en la que se proclamaron sus miembros calificados, se rindió cuenta de las tareas cumplidas y con

lo cual ya dicho ente cumple un año en sus actividades, las que por lo demás son del mayor interés y vienen cumpliéndose rigurosamente, en especial, las Charlas y Conferencias que vienen celebrándose sobre novedades e instituciones del Derecho Procesal en sus distintas áreas y aspectos, a cargo de miembros del Instituto y de Profesores invitados, tanto nacionales como extranjeros, en todas las áreas del Derecho Procesal, eventos que ya sobrepasan los treinta, desde la fecha de inicio de actividades de dicho Instituto.

Segunda convocatoria del Premio Bienal Efrén Ossa (1998 – 1999)

Nuevamente el Comité Ibero Latinoamericano de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros (CILA – AIDA) está convocando a todos los especialistas en Derecho de Seguros y a los diversos sectores vinculados a la actividad, para la segunda convocatoria a este interesante premio por trabajos científicos, originales e inéditos, relacionados con el derecho de seguros o disciplinas afines.

Los interesados en participar pueden tomar mayor información en la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros (ACOLDESE) y tienen oportunidad de remitir sus trabajos hasta el 31 de octubre del presente año.

C. IN MEMORIAM

Al inicio de 1999 se produjo el lamentable fallecimiento del Profesor Konrad Fírgau Yáñez, quien prematuramente nos abandona para pesar de sus familiares y amigos. El Profesor Fírgau tuvo a su cargo por varios años la cátedra de Derecho Mercantil II, en la especialidad Seguros en nuestra Universidad, por igual en la Universidad Metropolitana estuvo organizando los estudios de Derecho y regentó la especialización de Derecho de Seguro. Fírgau fue promotor y Director del Instituto Universitario de Seguros, Presidente de la Asociación Venezolana de Derecho de Seguros (Avedese – Aida), Director de la Revista Internacional de Seguros, Colaborar internacional de la Revista de Seguros del Comité Ibero latinoamericano y ejerció el cargo de Superintendente de Seguros, período durante el cual le correspondió presentar y discutir las

modificaciones de la actual Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. Firgau dejó publicados, tanto a nivel nacional como internacional varios trabajos sobre diversos temas, con especial referencia al Derecho de Seguros. Su muerte deja hondo pesar entre sus familiares y quienes le conocimos y frecuentamos como amigo. La Asociación Venezolana de Derecho de Seguro (Avedese – Aida) resolvió identificar con su nombre las recientes Jornadas de actualización de Derecho de Seguro sobre Protección del Asegurado, entregándose en dicho acto una placa conmemorativa a sus familiares.

En el ámbito internacional por igual es menester dejar constancia del sensible fallecimiento del Profesor Enrique Ruiz Vadillo, quien fuere Magistrado del Tribunal Constitucional Español e íntimamente vinculado a la Asociación Internacional de Derecho de Seguro (AIDA) a través de la seccional Española (SEAIDA). Nuestras sentidas condolencias a sus familiares y amigos y nuestra palabra de aliento a sus compañeros en SEAIDA, por tan lamentable pérdida.

**SECCIÓN DE REVISTA
DE REVISTAS**

NUEVAS PUBLICACIONES

Nombre de la publicación	n°/Año
1. <i>Curso de Introducción al Derecho</i> (T. I lujo) Luis María Olaso	1998
2. <i>Diálogo y concertación social en Venezuela</i> Humberto Villasmil y César Carballo	1998
3. <i>El Recurso jurisdiccional contra las abstenciones</i> Carlos Luis Carrillo Artilles	1998
4. <i>Libro homenaje al Padre Olaso</i> Varios	1999
5. <i>Primeras Jornadas de Derecho Procesal Penal</i> Varios	1998
6. <i>Segundas Jornadas de Derecho Procesal Penal</i> Varios	1999
7. <i>Teoría General del Proceso</i> (2da. edición) Vicente Puppio	1998
8. <i>Trabajo y seguridad social. Relaciones</i> Varios	1999
9. <i>Tripartismo y derecho del trabajo</i> César Carballo y Humberto Vallasmil	1998

ESTE EJEMPLAR SE TERMINO DE IMPRIMIR
EN LOS TALLERES DE EDITORIAL TEXTO
AV. EL CORTIJO, QTA. MARISA, N° 4
LOS ROSALES - CARÁCAS - VENEZUELA
TELEFONO: 632.97.17